



LES TRIBUNAUX DE KADHI AU KENYA. UNE INSTITUTION SYMBOLIQUE?

Anne Cussac

► To cite this version:

Anne Cussac. LES TRIBUNAUX DE KADHI AU KENYA. UNE INSTITUTION SYMBOLIQUE? . Religions. Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2008. Français. NNT : . tel-01263127

HAL Id: tel-01263127

<https://shs.hal.science/tel-01263127>

Submitted on 27 Jan 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne

École Doctorale de Science Politique
Centre de Recherches Politiques de la Sorbonne (CRPS)

THÈSE

pour l'obtention du titre de
Docteur
en Science Politique
Présentée et soutenue par

Anne CUSSAC

Le 14 novembre 2008

Les tribunaux de Kadhi au Kenya. Une institution symbolique ?

Sous la direction de Françoise DREYFUS

Jury :

Daniel BOURMAUD
Françoise DREYFUS
John LONSDALE
Johanna SIMÉANT
David C. SPERLING

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Professeur à l'Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne
Professeur Émérite au Trinity College, Cambridge, Royaume-Uni
Professeur à l'Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne
Professeur à Strathmore University, Nairobi, Kenya



Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne

École Doctorale de Science Politique
Centre de Recherches Politiques de la Sorbonne (CRPS)

THÈSE

pour l'obtention du titre de
Docteur
en Science Politique
Présentée et soutenue par

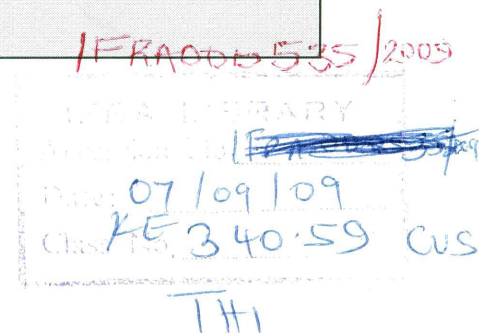
Anne CUSSAC

Le 14 novembre 2008



Les tribunaux de Kadhi au Kenya. Une institution symbolique ?

Sous la direction de Françoise DREYFUS



Jury :

Daniel BOURMAUD
Françoise DREYFUS
John LONSDALE
Johanna SIMÉANT
David C. SPERLING

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Professeur à l'Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne
Professeur Émérite au Trinity College, Cambridge, Royaume-Uni
Professeur à l'Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne
Professeur à Strathmore University, Nairobi, Kenya

REMERCIEMENTS

Mes tous premiers remerciements s'adressent à Cathline et à sa famille, pour ces trois années partagées avec eux, pour leur gentillesse et tous nos souvenirs communs.

Un grand merci à tous les Kenyans qui ont accepté de répondre à mes questions, qui m'ont assistée et qui m'ont toujours accueillie chaleureusement. Je pense en particulier à Atfa et sa famille, Athman, Hidaya, Fatma, Mohammed et sa famille, Najma, autant de personnes qui m'ont hébergée ou que j'ai rencontrées lors de divers séjours de terrain. Merci de m'avoir tant appris sur votre vie et votre culture. J'exprime toute ma gratitude envers les Kadhis qui ont accepté de me recevoir, pour leur disponibilité et la bienveillance que tous ont témoignée à mon égard. Mes recherches en ont été grandement facilitées.

Au Kenya, je n'oublie pas non plus toute l'équipe de l'IFRA. Merci à son directeur, Bernard Calas, pour ses encouragements, mais aussi pour le soutien sans relâche qu'il apporte aux jeunes chercheurs. Merci à Jérôme Lafargue pour ses conseils et à Judie-Lynn pour son amitié.

En France, j'adresse un très grand merci à Françoise Dreyfus, ma directrice de thèse, pour avoir accepté de diriger ce travail, pour avoir facilité mes diverses démarches administratives et pour son extrême disponibilité, malgré la grande distance qui nous séparait.

Enfin, je n'oublie pas tous les proches qui m'ont accompagnée au quotidien, que ce soit en France ou au Kenya et sans lesquels ce travail n'aurait pas abouti. Je pense tout particulièrement à mes parents, qui m'ont toujours soutenue dans cette recherche et qui m'ont beaucoup aidée dans les différentes étapes de mon parcours.

RÉSUMÉ

Au Kenya, état de population majoritairement chrétienne, les musulmans peuvent se conformer au droit islamique en matière de statut personnel. Celui-ci est appliqué par des institutions particulières, les tribunaux de Kadhi, qui existent dans la région depuis l'instauration du Sultanat de Zanzibar. Ces cours de justice possèdent un statut constitutionnel, qui a fait l'objet de débats houleux à la fin des années 1990, soulevant tout un ensemble de questions sur leur nature et leurs attributions, ainsi que sur leur légitimité dans un État séculier. Dans le cadre de ces discussions, les juridictions kadhiales sont apparues comme un symbole rassembleur, perçues comme un acquis par les fidèles et faisant figure d'élément d'affirmation de l'identité musulmane. Pourtant, la controverse à leur sujet était disproportionnée, ces tribunaux ayant une position assez subalterne au sein de l'administration judiciaire. De plus, si les fidèles y sont attachés sentimentalement, cela ne les empêche pas de se référer à des normes juridiques variées.

MOTS CLÉS

Pluralisme juridique – Famille - Droit islamique – Tribunaux islamiques - Islam - Afrique – Kenya

SUMMARY

In Kenya, where the majority of the population is of the Christian faith, Muslims can refer to Islamic Law when it comes to matters of personal status. This law is applied through specific institutions, called Kadhi's Courts and which have been in existence within the region since the establishment of the Sultanate of Zanzibar. These courts enjoy a constitutional status, which was at the centre of lively debates at the end of the 1990s. This raised a lot of questions concerning their nature and their powers, as well as their legitimacy in a state that calls itself secular. During these debates, the Kadhi's Courts appeared as a symbol of unity, perceived as a given for the faithful, and as contributing to the assertion of the Muslim identity. However, the controversy surrounding these institutions was highly exaggerated, as the Kadhi's Courts only have a subordinate position in the judiciary. Moreover, even though the Muslims are sentimentally attached to them, this does not bar them from referring to various legal norms.

KEY WORDS

Legal pluralism – Family – Islamic Law – Islamic Courts – Islam – Africa – Kenya

SOMMAIRE

INTRODUCTION	7
---------------------------	----------

PREMIÈRE PARTIE

UNE INSTITUTION ORIGINALE DU SYSTÈME JURIDIQUE KENYAN	43
--	-----------

CHAPITRE PREMIER

UN HÉRITAGE : LES FACTEURS HISTORIQUES ET POLITIQUES DE L'EXISTENCE DE JURIDICTIONS DE DROIT MUSULMAN AU KENYA	47
---	-----------

I- Les origines lointaines d'un système de justice musulmane au Kenya.....	50
---	-----------

II- Les tribunaux de Kadhi sous la colonisation britannique : une institution révélatrice de la politique des colons à l'égard des musulmans.	65
---	-----------

III- Le maintien des tribunaux de Kadhi à l'indépendance : le résultat d'un compromis politique.	107
--	------------

CHAPITRE DEUX

UN ENJEU POLITIQUE CONTEMPORAIN. LES TRIBUNAUX DE KADHIS DANS LE CADRE DE LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE.....	141
--	------------

I- La coopération interconfessionnelle des organisations religieuses en vue d'une révision rapide.	145
--	------------

II- Compétition interconfessionnelle et affirmation identitaire. Le statut controversé des juridictions kadhiales dans la Constitution.	183
---	------------

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	239
--	------------

DEUXIÈME PARTIE

UN JUGE ET SES JUSTICIABLES. USAGES ET PRATIQUES AU TRIBUNAL DE KADHI.....	241
---	------------

CHAPITRE TROIS

ENTRE FORMEL ET INFORMEL. UNE INSTITUTION SUBALTERNE DU SYSTÈME JUDICIAIRE KENYAN ?.....	245
---	------------

I- Un juge et un tribunal au statut particulier au sein du système judiciaire kenyan.	249
---	------------

II. Le rendu de la justice entre théorie et pratique : un respect plus ou moins strict de la législation.....	307
CHAPITRE QUATRE	
LES ACTEURS FACE AU DROIT : UN USAGE STRATÉGIQUE DU TRIBUNAL ?.....	351
I- Des motifs variés de recours au tribunal.	355
II- Valeurs islamiques et négociations dans le recours au droit.	400
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	435
 CONCLUSION GÉNÉRALE	 437
BIBLIOGRAPHIE	441
ANNEXES	467

INTRODUCTION

« Le champ religieux représente, en Afrique, un horizon inéliminable et donc incontournable dans l'analyse et la compréhension des sociétés actuelles (...). Ici comme ailleurs dans le monde, et au même titre que les autres 'instances', le religieux participe d'une dimension constitutive de la vie. Il importe de le prendre autant au sérieux que tous les autres déterminants qui structurent, d'une manière ouverte, la vie présente et à venir des Africains »¹.

Nous sommes à Mombasa, le jeudi 19 janvier 2006, jour de séance publique au tribunal du Kadhi, le juge en charge de l'application du droit musulman². Il est presque 9 heures ce matin et une trentaine de personnes, assises sur les bancs de la salle du tribunal, attendent l'arrivée du magistrat. Un certain désordre règne, les uns discutent, d'autres entrent ou sortent, alors que des avocats s'installent sur les premiers bancs. Il fait très chaud, les lieux n'étant équipés que d'un seul ventilateur en état de fonctionnement, dont l'effet se fait tout juste ressentir. Soudain, quelqu'un frappe à la porte et le public présent fait silence, puis se lève. Une clerc, voilée et habillée d'une longue robe noire appelée *buibui*, pénètre dans l'enceinte du tribunal, portant les dossiers du jour. Elle est suivie de peu par le Kadhi. Celui-ci, au physique assez impressionnant, apparaît vêtu de la tenue musulmane masculine traditionnelle, une sorte de longue robe blanche, assortie à son *kofia* (genre de petit chapeau). Il inspire d'emblée le respect, d'autant plus que son bureau, perché sur une estrade élevée, renforce la solennité de la scène. Sheikh Twalib Bwana –c'est son nom- ouvre alors la séance, autorisant le public à se rasseoir. Sa clerc, Aïsha, installée plus bas, énumère les affaires du jour et les personnes qui sont censées être présentes. Aujourd'hui, les litiges sont au nombre de six, trois concernent des questions de garde d'enfants ou de pension alimentaire, deux

¹ MBEMBE, A., *Afriques indociles. Christianisme, pouvoir et État en société postcoloniale*, Paris : Karthala, 1988, p. 18.

² Au tribunal de Kadhi de Mombasa, des séances publiques se tiennent les mardi, mercredi et jeudi. Les autres jours, le magistrat reçoit les justiciables en privé dans son cabinet. Le mot « Kadhi » peut s'orthographier différemment : Kadhi, qadi, cadhi. Ici, pour plus de simplicité, c'est l'orthographe utilisée dans les textes de loi kenyans qui a été retenue.

portent sur un différend relatif à un héritage et le dernier est une demande de divorce. Aïsha annonce alors la première affaire et la séance débute. Tout au long de l'audience, les parties se succèdent à la barre, expliquant leur problème ou se défendant d'accusations, selon leur situation. Pour certains litiges, des témoins sont appelés à déposer, après avoir prêté serment sur le Coran. Les femmes ici présentes sont tout de noir vêtues, le visage voilé. Mais lorsqu'elles sont invitées à parler, le Kadhi leur demande de laisser apparaître leur visage. L'audition des affaires se prolonge sans interruption jusqu'à midi. Sheikh Twalib Bwana quitte alors la salle, suivi de sa clerc qui, avant de se retirer, a annoncé la fin de la séance du jour. Il s'agit-là d'une matinée ordinaire au tribunal de Kadhi de Mombasa. Bien que ce soit un lieu public, il se révèle néanmoins une institution bien particulière.

Au Kenya, les musulmans représentent environ 20% de la population selon les estimations les plus crédibles³. Ils vivent dans l'ensemble du pays, mais avec une concentration importante le long de la Côte, dans le Nord-Est, à Nairobi et dans quelques villes (en particulier Mumias, dans l'Ouest et Kendu Bay, dans le Nyanza)⁴. Les principales communautés musulmanes sont les Swahilis (Côte), les Somalis (originaires du Nord-Est), les Oromos (originaires d'Éthiopie, ils sont surtout présents dans le Nord du Kenya)⁵. Les musulmans sont de fait considérés comme « minoritaires », même si l'État kenyan, laïc, leur concède l'application de la loi coranique⁶ en matière de statut personnel, à travers des cours de justice connues sous le nom de tribunaux de Kadhi. Le statut de ces institutions est précisé dans la Constitution (article 66) et aujourd'hui, il en existe seize, réparties dans les différentes provinces du pays. C'est donc à cette cour de justice propre à un groupe religieux particulier

³ ODED, A., *Islam and Politics in Kenya*, London : Lynne Rienner Publishers, 2000, p. 11.

⁴ Il existe un certain nombre d'études sur l'implantation des musulmans à Nairobi : BUJRA, J.M., *Ethnicity and Religion : A Case-study from Pumwani, Nairobi*, Nairobi : Institute of African Studies, University of Nairobi, Discussion Paper n° 13, 1970 ; NZIBO, Y.A., « Islam and the Swahili-Speaking Community of Nairobi, c. 1895-1963 », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, Vol. 5, n° 2, July 1984, pp. 446-453 ; MAINGI, A.N., *The Diversity Factor in the History of Islam in Nairobi, 1900-1963*, Master of Arts Thesis, Nairobi : University of Nairobi, 1989 ; KUBAI, A., « The Early Muslim Community of Nairobi (Kenya) », *Islam et Sociétés au Sud du Sahara*, n°6, novembre 1992, pp. 33-44 ; sur Mumias et l'intérieur du pays : OKWALO, R.J., *The Coming of Islam in Mumias Division of Kakamega District in Kenya; Its Effects on Christianity and African Culture from 1880-1987*, A Dissertation submitted in Partial Fulfilment of the Requirement for the Diploma in Theology, Makerere University, Kampala, 1987 ; NZIBO, Y.A., « Islamization in the Interior of Kenya : A General Overview », in BAKARI, M. et YAHYA, S.S. (eds.), *Islam in Kenya*, Proceedings of the National Seminar on Contemporary Islam in Kenya, Nairobi : MEWA Publications, 1995, pp. 40-52.

⁵ AYUBI, S. et MOHYUDDIN, S., « Muslims in Kenya : An Overview », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, 1994, Vol. XV, n°1-2, pp. 144-156.

⁶ Les termes de « droit islamique », « droit musulman » et « droit coranique » sont utilisés ici comme synonymes. Toutefois, il est intéressant de relever que, dans la terminologie anglaise, le terme « *Islamic law* », est le plus usité, alors que « *Muslim Law* » est peu employé. Au Kenya, certaines lois comportent le terme de « *Mohammedan Law* ».

qu'il s'agit de s'intéresser ici, dans une démarche non pas juridique, mais en faisant appel aux concepts de la science politique et de l'anthropologie.

I- Analyser le droit sans être juriste. Problématique de la recherche.

Présente au Kenya en juillet-août 2004, pour mener des recherches de terrain sur les communautés musulmanes de Nairobi dans le cadre de mon mémoire de DEA, j'ai découvert l'existence de tribunaux appliquant la loi islamique dans ce pays. À cette époque, la vie politique était animée par des débats relatifs à l'adoption d'une nouvelle Constitution et, entre autres thèmes, les tribunaux de Kadhi, décrits comme une institution s'adressant à une communauté religieuse déterminée, faisaient l'objet d'une controverse extrêmement virulente. L'objet des discussions ne portait pas tant sur les questions de droit posées par l'existence de ces cours de justice, que sur tout un ensemble d'autres thèmes, allant de l'impact de la reconnaissance constitutionnelle de ces instances sur le statut de l'État kenyan, à la dimension historique de ces tribunaux, en passant par leur symbolisme pour une population musulmane se disant régulièrement discriminée par les autorités dans divers domaines. C'est ainsi que l'idée d'analyser plus précisément ces institutions, en réfléchissant à leur dimension politique et sociale, commença à prendre forme, s'appuyant sur l'idée que le droit comporte une indiscutable dimension culturelle, liée à la manière dont les groupes sociaux conçoivent les relations sociales ou les moyens de déterminer et d'administrer la justice.

S'interroger ainsi sur les aspects non juridiques d'un droit et des institutions qui l'appliquent relève d'une démarche correspondant à ce que P. Legendre appelle « *parler non juridiquement du Droit* »⁷, en mobilisant les théories de disciplines non juridiques et en ne considérant pas le droit uniquement comme un ensemble de règles coercitives, mais aussi comme un système de pensée par lequel certaines formes de relations paraissent naturelles. De ce point de vue, comme le souligne Hervé Bleuchot, la vision du droit comme « *phénomène social total* », selon la formule de Marcel Mauss⁸, amène à se rapprocher des

⁷ LEGENDRE, P., « Le côté droit des choses », in *Revue interdisciplinaire d'Études juridiques*, Vol. 2, 1979.

⁸ La notion de « *fait social total* » a été introduite par Marcel Mauss dans son *Essai sur le don* (MAUSS, M., « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », *L'Année sociologique*, seconde série, I, 1923, pp. 30-186). Pour lui, dans les sociétés archaïques, le don ne se réduit pas à un simple échange économique, mais met en jeu tout un système complexe de valeurs sociales juridiques. De façon plus générale, selon son analyse, tout fait social comporte des dimensions économiques, religieuses ou juridiques et ne peut être réduit à un seul de ces aspects.

analyses de l'anthropologie juridique⁹. Dans cette logique, qui est aussi celle adoptée par le Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris (LAJP) de l'Université Paris I, à la suite des travaux du professeur Michel Alliot et d'Étienne Le Roy, l'idée est d'englober tous les aspects du phénomène juridique dans son observation et son analyse. Ainsi, dans n'importe quelle société, pour comprendre le droit, il ne suffit pas d'étudier les règles et les modes de résolution des conflits, ou ce qu'en disent les intéressés, mais il faut se situer à trois échelles différentes, en étudiant à la fois les discours, les pratiques et les croyances qui s'y rattachent. Par discours, sont entendus les énoncés explicites, écrits ou oraux, c'est-à-dire les lois, les codes, les coutumes, les allocutions, les adages, etc. Ensuite, les pratiques sont les actes posés par les individus ou les groupes et, enfin, les représentations constituent les croyances et constructions symboliques qui donnent leur sens aux actes et aux discours auxquels les associent ceux qui les accomplissent ou les prononcent, ainsi qu'aux entreprises de ceux qui les invoquent ou les critiquent¹⁰. Cette réflexion s'inspire donc aussi des travaux en anthropologie et des notions de normes, règles, pratiques et habitus, inspirées de l'analyse sociologique du droit par Pierre Bourdieu¹¹. Selon cette démarche, il s'agit d'« *avancer non en fonction de ce que le Droit est, mais en fonction de ce à quoi il sert, c'est-à-dire privilégier ses modes d'expression et d'utilisation* »¹². C'est pourquoi, dans le cas présent, il est non seulement question de s'interroger sur le statut des tribunaux de Kadhi, mais aussi sur leur fonctionnement concret et sur la manière dont les musulmans y recourent. Il s'agit également, comme y invite Bernard Botiveau, de réfléchir aux usages politiques du droit et aux usages sociaux définis par la pratique des acteurs¹³. Le sens des usages contemporains du droit est, en effet, un aspect fondamental d'une recherche dont l'intention première n'est pas de réfléchir à la dimension juridique des tribunaux appliquant le droit islamique. C'est donc en s'inspirant de ces modèles d'analyse, en considérant à la fois les discours, les pratiques et les croyances des acteurs, que les institutions appliquant le droit islamique au Kenya sont ici étudiées.

De façon générale, les recherches africanistes sur le droit en langue française ont été largement influencées par les analyses de l'anthropologie juridique. Toutefois, elles ne font souvent que peu de place à la partie orientale de l'Afrique. Mais surtout, pendant longtemps,

⁹ BLEUCHOT, H., « L'étude du droit musulman : jalons pour une convergence (entre l'islamologie juridique et l'anthropologie juridique) », *Droit et société*, n°15, 1990, p. 176 et pp. 183-184.

¹⁰ C'est ce qu'Étienne Le Roy qualifie de droit « tripode ». LE ROY, É., *Le jeu des lois : une anthropologie dynamique du droit*, Paris : LGDJ, 1999.

¹¹ BOURDIEU, P., *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève : Droz, 1972, p. 175.

¹² HESSELING, G. et LE ROY, É., « Le droit et ses pratiques », *Politique Africaine*, n° 40, décembre 1990, p. 7.

¹³ BOTIVEAU, B., *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris : Karthala et Aix-en-Provence : IREMAM, 1993.

ces analyses ont distingué deux systèmes, coutumier et légal, en faisant abstraction de pans entiers du droit. Parmi eux, figure la loi islamique¹⁴, alors que cette dernière constitue un code ancien et bien spécifique puisque, en tant que système mondial, elle peut être mise en contraste avec un autre système global, celui du droit commun, aujourd'hui présent sur tous les continents. Or, l'application contemporaine de la loi musulmane, en particulier lorsqu'elle se limite au droit de la famille, dans des situations où elle ne constitue qu'une norme parmi d'autres, représente un sujet offrant de nombreuses pistes de recherches¹⁵. Le droit de la famille, à la base de tout système juridique, est souvent perçu comme la branche la plus autonome du droit, parce qu'il exprimerait, dans le champ juridique, l'essence de l'identité des individus¹⁶. De ce point de vue, la situation des juridictions de droit islamique au Kenya représente un exemple tout à fait intéressant puisque, d'existence ancienne, leur champ de compétence se limite aujourd'hui au domaine du droit familial, dans une société où la loi islamique ne constitue que l'une des composantes d'un système législatif pluriel. En outre, les travaux sur le thème –que ce soit le droit islamique ou les tribunaux de Kadhi plus précisément-, sont assez rares et exclusivement en anglais. Certains ouvrages, à commencer par le *Islamic Law in Africa* de J.N.D. Anderson¹⁷, comprenant un chapitre sur le Kenya, donnent des informations historiques très intéressantes. De façon plus contemporaine, trois études ont abordé la question des juridictions kadhiales au Kenya¹⁸. La première est un mémoire de fin d'études à l'Université de Nairobi, *The kadhis' court system in Kenya: A Forgotten Arm of the Judiciary ?*¹⁹, par Amina Abdulrehman Bashir. Il s'agit d'une réflexion générale sur l'institution, donnant une bonne présentation pour quelqu'un qui n'en serait pas familier. Ensuite, l'étude anthropologique de Susan F. Hirsch, *Pronouncing and Persevering. Gender and the Discourses of Disputing in an African Islamic Court*²⁰, aborde l'utilisation des juridictions islamiques par les femmes musulmanes kenyanes. Enfin, la thèse de Hassan

¹⁴ HESSELING, G. et LE ROY, É., 1990, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵ ALLOT, A., « Foreword », in MALLAT, C. et CONNORS, J. (eds.), *Islamic Family Law*, London : Graham and Trotman, 1990, pp. XI-XIV.

¹⁶ BOTIVEAU, B., 1993, *op. cit.*

¹⁷ ANDERSON, J.N.D., *Islamic Law in Africa*, London : Frank Cass and Company, 1970.

¹⁸ Ici ne sont détaillées que les études les plus poussées sur la question. Il faut toutefois mentionner : MWANGI, K., « The Application and Development of Sharia in Kenya » in BAKARI, M. et YAHYA, S.S. (eds.), *Islam in Kenya*, Proceedings of the National Seminar on Contemporary Islam in Kenya, Nairobi : MEWA Publications, 1995, pp. 252-269 ; HIRSCH, S.F., « Kadhi's Courts as Complex Sites of Resistance : The State, Islam, and Gender in Postcolonial Kenya », in LAZARUS-BLACK, M. et HIRSCH, S.F., (eds.), *Contested States. Law, Hegemony and Resistance*, New-York & London : Routledge, 1994, pp. 207-230 ; BROWN, B.B., « Islamic Law, Qadhi's Courts and Muslim Women's Legal Status : The Case of Kenya », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, January and July 1993, Vol. XIV, n°s 1 et 2, pp. 94-101.

¹⁹ BASHIR, A., *The kadhis' court system in Kenya: A Forgotten Arm of the Judiciary ?*, A dissertation submitted in part fulfilment of the degree of bachelor of laws, University of Nairobi, 1996.

²⁰ HIRSCH, S.F., *Pronouncing and Persevering. Gender and the Discourses of Disputing in an African Islamic Court*, Chicago and London : The University of Chicago Press, 1998.

Abdulrahman Mwakimako, *Politics, Ethnicity and Jostling for Power : The Evolution of Institutions of Muslim Leadership and Kadhiship in Colonial Kenya, 1895-1963*²¹, historique, traite également de thèmes politiques, liés aux enjeux relatifs à la nomination des Kadhi. Malgré tout, d'autres aspects, plus politiques et plus contemporains restent à étudier, ce qui justifie une recherche sur le sujet, d'autant plus que, comme le remarquent Louis Milliot et François-Paul Blanc dans leur *Introduction à l'étude du droit musulman*, il n'est pas facile d'exposer les caractères de la juridiction du Kadhi car cette dernière a évolué dans le temps et varie encore dans l'espace²².

Tout au long de cette étude, plusieurs aspects théoriques sont mobilisés pour tenter d'analyser les juridictions kadhiales. Il s'agit premièrement de s'interroger sur la relation entre religion et politique comme grille d'analyse de la dimension symbolique de ces institutions. Puis, l'aspect identitaire du droit est considéré car il permet également de mesurer la part emblématique du tribunal de Kadhi, au-delà de ses fonctions concrètes. Avant cela, il convient de préciser l'intérêt d'une étude du droit pour aider à comprendre les sociétés africaines post-coloniales.

1) L'étude du droit comme outil de compréhension des sociétés post-coloniales.

L'existence d'un pouvoir judiciaire centralisé est, au Kenya, comme dans d'autres pays d'Afrique, une expérience récente, fruit de la colonisation. De fait, l'histoire a fortement imprégné le développement de l'organisation judiciaire et les tribunaux de Kadhi font partie de cette histoire. De plus, la situation du Kenya reste marquée par l'existence de coutumes variées, qui possèdent une valeur juridique reconnue. Ainsi, la complexité du champ juridique est à l'image de sa pluralité.

La colonisation a constitué une rupture, en entraînant l'imposition d'un nouveau mode de règlement des conflits : l'Institution de la Justice²³. Aussi, une analyse de la justice dans toute société africaine contemporaine ne peut faire abstraction de l'expérience coloniale, dans la mesure où le pouvoir juridique était un élément vital du processus de domination et le droit

²¹ MWAKIMAKO, H.A., *Politics, Ethnicity and Jostling for Power : The Evolution of Institutions of Muslim Leadership and Kadhiship in Colonial Kenya, 1895-1963*, Ph. D. Thesis, Department of Religious Studies, University of Cape Town, 2003.

²² MILLIOT, L. et BLANC, F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris : Sirey, 1987.

²³ LE ROY, É., *Les Africains et l'Institution de la Justice, Entre mimétismes et métissages*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 87-88.

l'un des outils principaux du colonialisme²⁴. Dans le contexte de la colonisation, l'introduction du droit européen était censée « civiliser » les peuples conquis et, de cette manière, il a instillé de nouvelles conceptions du temps, de l'espace, du travail, de la propriété, des relations matrimoniales, et de la famille²⁵. Il en est résulté une situation de pluralisme juridique, dans laquelle des systèmes légaux différents cohabitaient, tout en possédant des pouvoirs très inégaux. Cette étude s'inspire donc aussi des analyses sur l'histoire du droit en Afrique, qui insistent souvent sur l'impact de la colonisation sur la formation du droit coutumier, en oubliant parfois que le droit islamique s'appliquait souvent dans ces sociétés, avant la colonisation. En effet, les sociétés pré-coloniales connaissaient des situations de pluralisme juridique et les Européens n'ont pas été les premiers à y influencer l'ordre juridique²⁶. Comme le souligne Gordon R. Woodman, « *l'avènement de l'État colonial n'était pas le commencement du droit. Il s'agissait plutôt de l'addition de nouveaux facteurs compliquant la situation du monde légal existant* »²⁷. De fait, dans le cadre du processus de coercition, le droit musulman a été maintenu dans les différents territoires sous administration britannique, que ce dernier ait été traité de la même manière que le droit coutumier (Ghana, Sierra Leone, Ouganda et ex-Nyasaland) ou qu'il ait été considéré comme un système distinct, comme cela était le cas au Kenya, mais aussi à Zanzibar ou au Somaliland²⁸.

De façon plus générale, Mahmood Mamdani estime que la structure contemporaine du pouvoir en Afrique a été forgée pendant la période coloniale, mais n'est pas née de la révolte anti-coloniale²⁹. En ce qui concerne le droit, il estime que le pluralisme juridique reconnu à cette époque exprimait plus les relations de pouvoir au sein de la société coloniale qu'il ne manifestait la reconnaissance ou la tolérance de la diversité multiculturelle³⁰. Comme il le

²⁴ CHANOCK, M., *Law, Custom and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge : Cambridge University Press, 1984, pp. 4-5 ; GHAI, Y. P. et Mc AUSLAN, J.P.B.W., *Public Law and Political Change in Kenya. A Study of the Legal Framework of Government from Colonial Times to the Present*, London et Nairobi : Oxford University Press, 1970 ; CHANOCK, M., « The Law Market : The Legal Encounter in British East and Central Africa », in MOMMSEN, W.J. et de MOOR, J.A., *European Expansion and Law. The Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford : Berg Publishers, 1992, p. 279.

²⁵ COMAROFF, J. et COMAROFF, J.-L., *Of Revelation and Revolution: Christianity, Colonialism and Consciousness in South Africa*, Vol. 1, Chicago : University of Chicago Press, 1991.

²⁶ MERRY, S.E., « Legal Pluralism », *Law and Society review*, Vol. 22, n° 5, 1988, p. 870.

²⁷ « ... the advent of the colonial state was not the beginning of law. It was rather the addition of some new, complicating factors to the existing legal world ». WOODMAN, G.R., « Legal Pluralism and the Search for Justice », *Journal of African Law*, Vol. 40, n°2, 1996, p. 157.

²⁸ ANDERSON, J.N.D., « The Future of Islamic Law in British Commonwealth Territories in Africa », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 27 ; n°4, 1962, pp. 623-624.

²⁹ MAMDANI, M., *Citizen and Subject. Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, Princetown : Princetown University Press, 1996, pp. 7-8.

³⁰ *Ibid.*, p. 111.

souligne, l'unification des systèmes juridiques aux indépendances n'a pas signifié une homogénéisation simultanée du droit et les réformes juridiques qui ont alors eu lieu n'ont pas tellement démocratisé la justice, mais se sont contentées de la « *déracialiser* », étant entendu que « *la frontière sociale entre la justice moderne et coutumière fut modifiée : la première était en théorie ouverte à tous, pas seulement aux non-autochtones ; la dernière régula la vie de tous ces autochtones pour lesquels le droit moderne était hors de portée* »³¹. Cette situation, dont les États post-coloniaux ont hérité, peut expliquer leur difficulté, voire la réticence de certaines populations à l'adoption de systèmes juridiques intégrés et unifiés et de ce fait, l'existence de situations caractérisées par ce qu'il est devenu commun d'appeler « *pluralisme juridique* ». Encore une fois, le domaine du statut personnel constitue ici un terrain de recherche riche d'enseignements sur les rapports entre le droit et la société, dans la mesure où le droit de la famille se situe au cœur de la vie quotidienne des individus et que, à travers lui, se définit qui est inclus ou qui est exclu de communautés spécifiques. Enfin, une réflexion sur des tribunaux appliquant un droit de la famille propre à une communauté donnée est intéressante car, dans des États-nations aux populations variées, où les groupes religieux et ethniques peuvent gérer leurs problèmes selon des règles propres, l'autonomie dont jouissent ces populations se trouve renforcée³². Cerner les revendications sociales autour du thème du droit familial et leurs implications sur les politiques publiques nationales permet de réfléchir aux rapports entre le droit moderne et le droit islamique et sur leurs effets sur le quotidien des individus. La conception moderne et occidentale du droit est, en effet, l'expression d'une vision du monde particulière, le produit d'une culture qui ne peut avoir, ni par son contenu ni par ses valeurs, la prétention à l'universel qu'elle s'arroge. C'est un type original de régulation qui apparaît « normal » dans notre contexte contemporain, mais qui ne semble pas aussi évident à d'autres sociétés et qui peut donc paraître étranger à des populations musulmanes qui possèdent leurs propres conceptions du monde et de la justice.

Ainsi, dans le contexte contemporain, l'attention portée au pluralisme juridique démontre également les limites du pouvoir idéologique de l'État et met en lumière l'existence de zones où le droit étatique ne pénètre pas, mais où des formes alternatives de droit persistent, une tension qui résulte de la pluralité des normes et des pratiques face à la vocation

³¹ « *The social boundary between modern and customary justice was modified : the former was in theory open to all, not just to nonnatives ; the later governed the lives of all natives for whom modern law was beyond reach* », *Ibid.*, p. 136.

³² SHACHAR, A., *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge : Cambridge University Press, 2001,

centralisatrice et hégémonique de tout système juridique. En ce sens, Gordon R. Woodman critique l'analyse de John Rawls³³, en expliquant qu'elle ne considère pas la possibilité que les individus puissent appartenir à des communautés sociales différentes pour des buts variés ou bien que la régulation de certains domaines de la vie quotidienne puisse être laissée par l'État aux arrangements internes à un groupe³⁴. Si dans le cas présent les juridictions étudiées font partie du système juridique officiel, il reste néanmoins important de cerner jusqu'à quel point leur fonctionnement et leur utilisation se font selon les normes de ce modèle officiel. Cette recherche recourt donc aussi aux travaux sur le pluralisme juridique, défini par Sally Engle Merry comme une situation dans laquelle le pouvoir souverain commande différents corps de droit pour des groupes de populations variés, en fonction de l'ethnicité, de la religion, de la nationalité ou de la géographie et lorsque toutes ces régions juridiques parallèles sont dépendantes du système juridique étatique³⁵. Comme elle le rappelle, les travaux sur ce thème ont débuté par l'étude des sociétés coloniales, où des nations impérialistes ont cherché à imposer leur système centralisé et codifié à des sociétés possédant des procédés juridiques totalement différents. Dans les années 1980, le concept a été élargi pour décrire les relations juridiques dans les nations industrielles et certaines formes de régulation hors du droit³⁶. Sally Engle Merry estime par exemple que « *Le pluralisme juridique s'est étendu d'un concept qui se réfère à la relation entre colonisés et colonisateur aux relations entre des groupes dominants et des groupes subordonnés, tels que les minorités religieuses, ethniques, ou culturelles, les groupes immigrants, et les formes non officielles d'ordonnement dans les réseaux sociaux ou les institutions* »³⁷. Une autre étude majeure sur le pluralisme juridique est celle de Michael Barry Hooker qui, analysant les systèmes juridiques pluriels en Asie, en Afrique et au Moyen-Orient, définit la notion comme une situation qui résulte « *du transfert de systèmes juridiques entiers à travers des frontières culturelles* »³⁸.

³³ RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford : Oxford University Press, 1999 (édition révisée).

³⁴ WOODMAN, G.R., « Legal Pluralism and the Search for Justice », *Journal of African Law*, Vol. 40, n° 2, 1996, p. 154.

³⁵ MERRY, S.E., 1988, *op. cit.*, pp. 869-896.

³⁶ *Ibid.*, p. 874.

³⁷ « *Legal pluralism has expanded from a concept that refers to the relations between colonized and colonizer to the relations between dominant groups and subordinate groups, such as religious, ethnic, or cultural minorities, immigrant groups, and unofficial forms of ordering located in social networks or institutions* », *Ibid.*, p. 872.

³⁸ « *... from the transfer of whole legal systems accross cultural boundaries* ». HOOKER, M.B., *Legal Pluralism : An Introduction to Colonial and Neocolonial Laws*, Oxford : Clarendon Press, p. 1.

De façon théorique, certains critiquent le concept de pluralisme juridique, considéré comme « *inutilement complexe, déniait le principe d'égalité devant la loi, et étayant des modes de production exagérément injustes ou la discrimination raciale* »³⁹. Pourtant, il est aujourd'hui admis, en particulier après les analyses de Griffiths, que le pluralisme juridique ne décrit pas un type spécifique de société, mais se retrouve à plus ou moins grande échelle, dans la plupart des sociétés⁴⁰. Boaventura de Sousa Santos estime, pour sa part, que les travaux sur le sujet doivent être considérés parce qu'ils prennent toute la mesure de la complexité de la relation qui existe entre le droit et la collectivité, estimant qu'il n'existe pas un seul droit, mais un réseau de droits qui agissent au sein de la société⁴¹. D'après lui, chaque territoire national consiste en une multitude d'espaces sociaux qui, bien qu'autonomes, interagissent de façons très variées. Entre les différents espaces sociaux et au sein de chacun d'eux, circulent divers types de capital juridique –nationalisé, étatique, privé, sacré ou profane, etc.–⁴². Aussi, le pluralisme juridique entendu comme la superposition de différents espaces légaux « *interpénétrés et mélangés dans nos esprits tout autant que dans nos actes, à l'occasion de bonds qualitatifs ou de crises de table rase dans nos trajectoires de vie ou dans la routine ennuyeuse de notre vie quotidienne dénuée d'événement* »⁴³ est le concept clé dans une analyse postmoderne du droit.

En outre, il est intéressant de réfléchir à la manière dont le droit étatique ou les droits reconnus par l'État font l'objet de pratiques quotidiennes d'interprétation et d'utilisation, en raison de la tension qui résulte de la pluralité des normes et pratiques et de la vocation centralisatrice et hégémonique de tout système juridique. Ceci amène à s'interroger sur l'opposition entre un modèle de droit unifié et une situation où les différentes communautés peuvent appliquer leurs propres règles de statut personnel, ce qui soulève le problème du statut égalitariste du droit⁴⁴. D'après Chibli Mallat, le choix consiste alors à privilégier soit l'identité étatique, soit le droit des minorités. Autrement dit, il s'agit d'articuler la contradiction entre, d'une part, l'identité intégrée et uniforme de l'individu comme citoyen de

³⁹ « *unnecessarily complex, as denying the principle of equality before the law, as underpinning grossly unjust modes of production or racial discrimination* », WOODMAN, G.R., 1996, *op. cit.*, p 159.

⁴⁰ GRIFFITHS, J., « What is Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism*, n°24, 1986.

⁴¹ DE SOUSA SANTOS, B., « Law : A Map of Misreading : Toward a Postmodern Conception of Law », *Journal of Law and Society*, Vol. 14, n° 3, 1987, pp. 280-281.

⁴² *Ibid.*, p. 286.

⁴³ « *... interpenetrated, and mixed in our minds as much as in our actions, in occasions of qualitative leaps or sweeping crises in our life trajectories as well as in the dull routine of eventless everyday life* ». *Ibid.*, pp. 297-298.

⁴⁴ MALLAT, C., « Introduction », in MALLAT, C. et CONNORS, J. (eds.), *Islamic Family Law*, London : Graham and Trotman, 1990, pp. 1-7.

l'État-nation et, d'autre part, l'espace qui est réservé au droit des minorités. Plus simplement, la question revient à choisir entre l'égalité entre tous les citoyens et l'égalité entre des groupes ce qui, en termes de politiques étatiques, se traduit par le choix entre la recherche de l'intégration contre toutes les différenciations ou la reconnaissance des différences communautaires⁴⁵. De manière plus spécifique, dans de nombreuses sociétés qui comptent une population musulmane importante, des problèmes peuvent surgir au sujet de la légitimité respective du droit séculier et du droit religieux, posant de façon plus globale la question de la relation de l'islam à l'identité nationale⁴⁶. Enfin, d'un point de vue plus anthropologique que politique, considérer les situations juridiques comme plurielles conduit à un examen de la nature culturelle ou idéologique du droit et permet de réfléchir à la manière dont les groupes sociaux conçoivent les relations sociales ou les moyens de déterminer la vérité et la justice⁴⁷.

Le droit n'est, en effet, pas seulement un ensemble de règles et de normes, mais il est aussi considéré comme un système de symboles et de significations⁴⁸. Clifford Geertz explique, par exemple, que « *'le droit', ici, là-bas où n'importe où, fait partie d'une manière distincte d'imaginer le réel* »⁴⁹ ou bien encore que « *Le droit (...) est le savoir local ; local non seulement par le lieu, le temps, la classe et la variété de problèmes, mais par l'accent – les représentations vernaculaires de ce qui arrive liées aux idées vernaculaires de ce qui peut arriver* »⁵⁰. Il suggère donc que le droit est une sorte d'imagination sociale et préconise une étude comparative du droit parallèle à l'examen des mythes, des rituels, de l'idéologie, de l'art, etc.⁵¹. Il développe alors l'idée selon laquelle la loi, plus que le simple reflet de la vie sociale, est aussi constructive des rapports entre les groupes. Dans cette thèse, à travers l'analyse des tribunaux de Kadhi, il s'agit donc de réfléchir au rôle culturellement productif du droit, à la façon dont il fabrique des significations culturelles et des identités, dans la mesure où « *une attention sur le pouvoir constitutif du droit et une définition large de son effectivité culturelle et de son pouvoir de représentation suggère l'importance de la recherche sur les significations culturelles produites par le droit dans les pratiques habituelles,*

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 1-7.

⁴⁶ BOWEN, J. R., « Consensus and Suspicion : Judicial Reasoning and Social Change in an Indonesian Society, 1960-1994 », *Law and Society Review*, Vol. 34, n° 1, 2000, p. 98.

⁴⁷ MERRY, S.E., 1988, *op. cit.*, p. 889.

⁴⁸ GEERTZ, C., *Local Knowledge : Further Essays in Interpretive Anthropology*, New-York : Basic Books, 1983.

⁴⁹ « *'law' here, there, or anywhere, is part of a distinctive manner of imagining the real* », *Ibid.*, p. 184.

⁵⁰ GEERTZ, C., *Savoir local, savoir global. Les lieux du savoir*, Paris : PUF, 1986, p. 266.

⁵¹ GEERTZ, C., « Local Knowledge : Fact and Law in comparative perspective », in GEERTZ, C., 1983, *op. cit.*, pp. 167-234.

éventuellement résistantes, de la vie quotidienne »⁵². De ce point de vue, Lawrence Rosen, étudiant les tribunaux de Kadhi au Maroc, développe une analyse particulière de ces cours de justice, en démontrant qu'elles sont intimement liées aux processus culturels du contexte dans lequel elles existent.

Une étude des tribunaux appliquant la loi islamique comporte, en effet, des aspects bien particuliers dans la mesure où le droit en question, bien que parfois assimilé aux règles coutumières, en est en réalité fort différent. Les analyses du pluralisme juridique, qui considèrent avant tout la relation entre droit et coutume, s'interrogent souvent sur les ordres normatifs non étatiques qui peuvent ou non être considérés comme du droit. Or, dans le cas de la loi islamique, la question ne se pose pas, puisque cette dernière constitue un ordre juridique ancien et parfaitement rationnel. En la matière, une attention particulière est portée à la charia dans le langage politique et juridique actuel⁵³. Partant de l'exemple des tribunaux de Kadhi, cette étude se propose donc aussi de réfléchir au rapport de la religion au politique, dans le contexte kenyan.

2) Religion et politique : un couple pertinent pour la compréhension des sociétés africaines.

L'intérêt d'une recherche sur des institutions appliquant un droit d'inspiration religieuse repose d'abord sur l'idée que la politique en Afrique ne peut se comprendre sans faire référence à la religion⁵⁴. De façon plus générale, la science politique n'a d'ailleurs aucune difficulté à accepter la proposition de comprendre le politique comme un terrain d'activité qui n'est pas seulement associé au pouvoir de l'État, mais qui peut exister dans nombre de dispositifs sociaux, sous la forme du « *politique par le bas* »⁵⁵.

Les phénomènes religieux constituent l'une des manifestations de ce politique par le bas, comme le souligne Georges Balandier lorsqu'il rappelle l'association étroite qui existe

⁵² « ... a focus on the constitutive power of law and a broad definition of its cultural effectivity and representational power suggest the importance of research on the cultural meanings produced by law in the habitual, possibly resistant, practices of everyday life ». MERRY, S.E., « Resistance and the Cultural Power of Law », *Law and Society Review*, Vol. 29, n°1, p.25.

⁵³ BOTIVEAU, B., 1993, *op. cit.*, p. 314.

⁵⁴ ELLIS, S. et TER HAAR, G., « Religion and politics : taking African epistemologies seriously », *The Journal of Modern African Studies*, Vol. 45, n°3, 2007, pp. 385-387.

⁵⁵ Sur l'Afrique, se référer à l'ouvrage de Jean-François Bayart, Achille Mbembe et Comi Toulabor, *Le politique par le bas en Afrique noire. Contributions à une problématique de la démocratie*, Paris : Karthala, 1992.

entre le pouvoir politique et le sacré⁵⁶. De même, Achille Mbembe explique que le religieux doit être considéré comme une composante à ne pas négliger, puisqu'« *Il ne tient pas seulement de l'imaginaire religieux de métaphoriser les rapports de force et de domination ou de sublimer les aspirations sociales dans des mythes ou des thématiques utopiques. De par son impact sur les changements historiques, le champ religieux et symbolique d'une société mérite d'être analysé en considération de son exacte importance dans la structuration de la dite société* »⁵⁷. Achille Mbembe affirme encore que le religieux « *peut aussi fournir de nouvelles formes de légitimation, des idées neuves sur le pouvoir, la vie quotidienne, l'autorité. Il peut légitimer la construction de nouvelles solidarités humaines, l'action politique étant, dans cette perspective, l'aboutissement d'une longue chaîne d'événements au cours desquels de nouveaux buts et de nouveaux modes d'organisation ont été forgés* »⁵⁸. Ainsi, les sociétés africaines ne peuvent s'appréhender sans en étudier la religion et, dans le cas présent, même si l'islam n'est pas la confession de la majorité de la population, la compréhension de l'histoire et de la situation contemporaine des juridictions de droit musulman constitue un outil essentiel pour interpréter certaines dynamiques sociales ou politiques récentes. En effet, selon l'analyse de Jean-François Bayart, les religions, en tant que forces sociales majeures en Afrique, susceptibles de s'engager dans une relation constructive à l'État, constituent l'un des moteurs du rapport de la société civile au pouvoir et de la « *revanche des sociétés africaines* »⁵⁹. De ce point de vue, il est donc important de réfléchir à la manière dont les musulmans kenyans, dans leur utilisation ou leur perception des tribunaux de Kadhi, sont susceptibles de construire un certain type de relations au pouvoir et à l'État, leur permettant de s'affirmer sur la scène politique. En outre, considérant le lien du religieux au politique en Afrique, il n'est pas inutile de rappeler le propos de François Constantin et Christian Coulon qui, dans leur introduction à l'ouvrage *Religion et transition démocratique en Afrique*, soulignent que le fait religieux, en Afrique, ne se manifeste pas tant par la création de partis confessionnels que par des « *interventions diversifiées dans la gestion du passage au pluralisme* »⁶⁰ et que « *L'importance des initiatives et mobilisations religieuses met en relief le rôle social majeur que ne peut manquer d'avoir la religion dans le rapport de la société à*

⁵⁶ BALANDIER, G., *Anthropologie politique*, Paris : PUF, 1967, pp. 117-144.

⁵⁷ MBEMBE, A., 1988, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁹ BAYART, J.-F., « La revanche des sociétés africaines », *Politique Africaine*, n°11, octobre 1983, pp. 95-127.

⁶⁰ CONSTANTIN, F. et COULON, C., « Religion et démocratie. Introduction à une problématique africaine », in CONSTANTIN, F. et COULON, C., (dir.), *Religion et transition démocratique en Afrique*, Paris : Karthala, 1997, p. 15.

l'État »⁶¹. Cette analyse rappelle l'intensification de la quête religieuse en Afrique, surtout depuis la fin des années 1980⁶² et c'est ainsi que, dans le contexte contemporain, le religieux apparaît de plus en plus comme un élément de l'expérience individuelle et collective, voire de l'engagement politique⁶³. D'ailleurs, en la matière, l'islam constitue un objet de recherche des plus intéressants, en raison même de l'étroite relation qu'y entretiennent la foi et le politique.

Dans le contexte du Kenya, il s'agit également de réfléchir à la manière de penser l'islam minoritaire et sans État, d'autant plus que la situation juridique des musulmans dans un environnement non-islamique constitue un objet de recherche contemporain⁶⁴. L'islam est, en effet, une religion totalisante, dans laquelle les prescriptions juridiques sont inséparables de la loi religieuse⁶⁵ et il est certain que, dans ce domaine, le droit islamique ne semble pas toujours adapté pour régir le statut des musulmans dans des États séculiers car il fut créé et développé sous la souveraineté islamique⁶⁶. C'est pourquoi il est essentiel d'étudier comment ce droit trouve sa place dans des pays où les musulmans ne vivent qu'en situation de minorité numérique et ne contrôlent pas l'appareil étatique. Or, non seulement le droit coranique est plus personnel que territorial, mais surtout, pour les fidèles, la loi, d'essence divine et non d'origine humaine, fait partie intégrante de la foi, l'une n'étant pas concevable sans l'autre. Ainsi, la pratique de l'islam signifie plus que le culte : elle concerne l'ensemble des manières de vivre, prescrites en détail par les textes sacrés. La loi traite donc de façon identique les affaires relevant du domaine public et privé, civil et criminel, rituel et même diététique. Dans un tel contexte, il paraît intéressant de réfléchir à la manière dont les fidèles peuvent adapter leurs pratiques aux impératifs étatiques. Aujourd'hui, une trop grande importance est sans doute accordée à l'islam politique et aux études sur l'islamisme politique⁶⁷, alors que, dans de nombreux pays, les musulmans jouissent de certains aménagements leur permettant d'appliquer divers aspects de leur loi religieuse, sans que cela ne se traduise par des poussées fondamentalistes ou violentes. Plusieurs pays non-islamiques où vivent un grand nombre de

⁶¹ *Ibid.*, p. 19.

⁶² Voir à ce sujet le dossier spécial de *Politique Africaine*, n°87, octobre 2002, « Les sujets de Dieu ».

⁶³ WIEVIORKA, M., « Culture, société et démocratie », in WIEVIORKA, M. (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris : La Découverte, 1996, p. 27.

⁶⁴ Voir, par exemple : LEWIS, B., « La situation des populations musulmanes dans un régime non musulman : réflexions juridiques et historiques », in LEWIS, B. et SCHNAPPER, D. (dir.), *Musulmans en Europe*, Arles : Actes Sud, 1992, pp. 11-34.

⁶⁵ ROY, O., *L'Islam mondialisé*, Paris : Seuil, 2002.

⁶⁶ LAYISH, A., « The Status of the *Shari'a* in a non-Muslim State. The Case of Israel », *Asian and African Studies*, 27, 1963, p. 171.

⁶⁷ C'est ce qu'explique, par exemple, Annika Rabo au sujet de la Syrie : RABO, A., « Faith and Identity in Northeast Syria », in MANGER, L. (dir.), *Muslim Diversity. Local Islam in Global Contexts*, Richmond : Curzon Press, 1999, pp. 173-199.

musulmans possèdent ainsi des systèmes de décentralisation et d'autonomie législative, en matière de statut des individus, permettant aux fidèles de concilier les obligations fondamentales de leur foi et leurs engagements vis-à-vis de l'État. Par exemple, au Kenya, l'islam est reconnu dans la sphère publique de différentes manières car, outre la reconnaissance des juridictions kadhiales, l'Aïd est jour férié national, il existe des stations de radio privées musulmanes, les écoles coraniques sont autorisées par le pouvoir central, etc. Malgré tout, un problème théorique subsiste, dans la mesure où l'État, non confessionnel, doit définir ses relations avec les organisations religieuses et la marge d'autonomie qu'il peut octroyer aux confessions, sans oublier que le principe de sécularité impose à l'islam de cesser d'être un mode de vie total, régissant tous les aspects de la sphère individuelle et collective⁶⁸. De ce point de vue, une étude de l'application du droit islamique par des institutions propres aux fidèles ne questionne pas seulement sur les modalités pratiques de mise en place de cette concession, mais aussi sur sa portée symbolique, étant entendu que, dans la phase récente de mobilisations islamiques, le droit coranique est devenu le « *dénominateur commun de l'identification politique des sociétés musulmanes, indépendamment de leur histoire propre* »⁶⁹. La charia est, en effet, censée rendre compte d'un fond commun de valeurs et de normes qui seraient les plus représentatives de la culture des sociétés qui se réclament de l'islam. Ainsi, même si l'islam est avant tout une pratique, certaines expériences quotidiennes des fidèles acquièrent une dimension politique, lorsqu'elles expriment l'adhésion à des principes qui peuvent remettre en cause la domination de l'État. De ce point de vue, il semble incontournable de s'interroger sur le symbolisme politique que peut recouvrir l'utilisation des juridictions kadhiales ou même tout simplement leur existence. Ceci paraît d'autant plus intéressant que, comme le souligne Olivier Roy, l'échec de l'islam politique se traduit par un retour du religieux dans le social⁷⁰. Ainsi, une attention portée à la charia dans le langage juridique et politique actuel constitue un moyen d'étudier la manière dont les musulmans expriment leur foi et leur identité, estimant que, dans un environnement où la société politique, économique et sociale est largement influencée par les valeurs occidentales, l'islam fournit une idéologie alternative suffisante pour l'État et pour la société⁷¹.

⁶⁸ SCHNAPPER, D., « Communautés, minorités ethniques et citoyens musulmans », in LEWIS, B. et SCHNAPPER, D. (dir.), *Musulmans en Europe*, Arles : Actes Sud, 1992, pp. 181-197.

⁶⁹ BOTIVEAU, B., 1993, *op. cit.*, p. 314.

⁷⁰ ROY, O., 2002, *op. cit.*

⁷¹ ESPOSITO, J., *The Islamic Threat : Myth or Reality?*, Oxford : Oxford University Press, 1995.

3) Le Droit : quel rôle dans la construction / affirmation de l'identité ?

Se basant sur l'idée selon laquelle différents tribunaux produisent différentes conceptions du droit, l'existence de cours de justice appliquant la loi islamique comporte une dimension politique indéniable et, comme le souligne John R. Bowen au sujet de l'Indonésie, « *Beaucoup, même si certainement pas tous, de musulmans indonésiens considèrent aujourd'hui la présence de tribunaux islamiques consolidés comme une garantie de leur identité religieuse au sein d'un contexte national pluraliste et non sectaire* »⁷².

La sociologie classique, à la suite des travaux de Ferdinand Tönnies, présente la communauté (*Gemeinschaft*) comme une forme d'organisation traditionnelle et statique, caractérisée par la proximité des relations sociales, fondées sur la volonté « naturelle » ou « spontanée ». Elle s'oppose à la société (*Gesellschaft*), dans laquelle les relations entre les individus sont déterminées par une « *volonté réfléchie* »⁷³. D'après cette typologie, la modernisation entraîne la disparition des communautés. Pourtant, il est indéniable que des structures communautaires persistent dans les sociétés contemporaines et l'accent est aujourd'hui, au contraire, porté sur les phénomènes d'affirmation, voire de repli communautaire, à travers la recherche des modalités de conciliation du global et du particulier. Par exemple, Michel Wieviorka, estime essentiel que l'État, les institutions et le système politique autorisent la cohabitation du général et du spécifique, selon des orientations « *qui permettent à l'acteur de conjuguer le respect ou l'affirmation d'une culture propre, d'une identité, avec une participation individuelle à la vie moderne, ce qui implique pour lui une tension, marque et condition de sa subjectivité* »⁷⁴. Une étude sur les tribunaux islamiques au Kenya permet donc de s'interroger sur la manière dont, dans ce contexte particulier, l'État autorise un groupe religieux spécifique à se conformer, certes dans une marge limitée, à des normes qui lui sont propres. Ainsi, au-delà de la simple reconnaissance formelle des tribunaux de Kadhi par les autorités, il importe de réfléchir aux implications concrètes de cette légitimation sur la conception que les musulmans se font de leur identité religieuse et de leur qualité de citoyen. En effet, les réflexions sur la notion de communauté avancent souvent l'idée selon laquelle « *chacun s'adonne au bricolage identitaire, selon l'alchimie des*

⁷² « *Many, though certainly not all, Indonesian Muslims today see the presence of strengthened Islamic courts as guarantors of their religious identity within a pluralistic, nonsectarian national context* », BOWEN, J.R., 2000, *op. cit.*, p. 102.

⁷³ TÖNNIES, F., *Communauté et société : catégories fondamentales de la sociologie pure*, Paris : PUF, 1944.

⁷⁴ WIEVIORKA, M., 1996, *op. cit.*, p. 51.

circonstances »⁷⁵, dans la mesure où la notion de « communauté » n'est pas évidente, chaque individu appartenant à une pluralité de groupes qui chacun produisent de l'identité. L'analyse de Jean-François Bayart est de ce point de vue intéressante, en ce qu'elle nous rappelle que les identités sont des constructions politiques ou idéologiques, mais qu'elles ne s'imposent pas naturellement aux individus⁷⁶. De fait, le processus de formation des identités est fluide et sans fin et leur nature est contingente, non pas figée, même si l'image de soi est souvent celle d'une communauté supposée demeurer la même quelle que soit l'époque⁷⁷.

Dans le cas présent, s'interroger sur la notion d'identité repose en outre sur le fait que les musulmans ne constituent pas la majorité de la population kenyane. Or, il est indéniable que le sentiment d'identité des populations numériquement minoritaires est non seulement forgé par l'image que les groupes majoritaires se font d'eux, mais aussi par la perception qu'ils se font de leur propre histoire et de leur statut⁷⁸. Dans cette logique, Denis-Constant Martin explique en quoi le récit identitaire sert à orienter les choix des individus entre leurs différents groupes d'appartenance, en s'adressant à l'affectivité et en s'efforçant d'émouvoir, afin que ce sentiment d'appartenance pousse à agir. Le récit identitaire a donc pour tâche de définir le groupe, de le faire passer à l'état de « communauté », dont les membres sont persuadés d'avoir des intérêts communs à défendre ensemble⁷⁹. Ainsi, l'identité se construit à travers la mobilisation de thèmes rassembleurs ou l'appel à la défense de principes particuliers comme, par exemple, la protection d'un droit propre ou des institutions en charge de son application. En outre, les réformes qui sont imposées de l'extérieur à une communauté peuvent se ressentir comme une attaque contre l'identité de ce groupe, provoquant en retour des interprétations plus rigides des traditions en question et renforçant le sentiment identitaire. C'est le cas de l'affaire Shah Bano en Inde qui a mobilisé les musulmans contre une décision de justice, car ils l'avaient interprétée comme une tentative de les assimiler à la culture hindoue majoritaire⁸⁰. Dans le même sens, alors que j'étais au Kenya au moment où les musulmans mettaient l'accent sur le statut de leur communauté, dont les institutions juridiques

⁷⁵ BAYART, J.-F., *L'illusion identitaire*, Paris : Fayard, 1996, p. 100.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ HASAN, M. (ed.), *Islam, Communities and the Nation. Muslim Identities in South Asia and Beyond*, New-Delhi : Manohar Publishers, 1998, pp. 9-10.

⁷⁸ NOORANI, A.G., « Muslim Identity : Self-Image and Political Aspirations », in *Ibid.*, pp. 121-138.

⁷⁹ MARTIN, D.-C. (dir.), *Cartes d'identité. Comment dit-on « nous » en politique ?*, Paris : Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1994, p. 23.

⁸⁰ Il s'agissait d'une affaire dans laquelle la Cour Suprême indienne avait, en 1985, accordé une pension alimentaire à une femme (Shah Bano) au-delà de la période prescrite par la loi islamique.

se trouvaient menacées, le sens et la construction de leur identité pouvait représenter un enjeu réel.

Parallèlement, d'après Christian Coulon, l'État moderne n'est pas totalement neutre dans la construction des identités, qu'il administre, qu'il définit, qu'il codifie, qu'il enferme dans des catégories et qu'il hiérarchise. Ainsi, même lorsqu'il reconnaît ou organise le pluralisme identitaire, l'État en fige l'expression dans des entités fixes, telles que chrétien, musulman, etc.⁸¹ Jean-Robert Henry considère, par exemple, que le droit a contribué à la « création » de certaines identités en Algérie, avec l'élaboration d'un vocabulaire de différenciation juridique des individus, dans lequel la distinction s'opérait entre « tribunaux musulmans », « tribunaux indigènes » et « tribunaux français »⁸². Par conséquent, il convient de s'interroger sur la manière dont, dans le Kenya contemporain, la reconnaissance étatique des cours de justice islamique renforce l'idée d'identité musulmane. Mais les identités demeurent un construit, qui se forme à travers la référence à certains lieux, à des traditions, à des mythes, à une origine commune⁸³. En ce sens, Malek Chebel, réfléchissant à la dimension politique de l'identité, estime que la discrimination ou le sentiment de marginalisation appartiennent à la stratégie identitaire dans la mesure où celui qui subit ou pense subir une discrimination s'estime différent et s'oppose donc aux autres. Ainsi, le phénomène de repli en situation de crise est commun à tous les peuples et lorsqu'une « communauté » se perçoit comme attaquée ou menacée, elle réagit inéluctablement par une obstruction de tout échange et par une exagération des signes identitaires propres, voire par une amplification idéaliste de ses qualités⁸⁴. C'est ainsi que dans le contexte kenyan, l'idée est de se demander comment, à travers la défense de leurs institutions juridiques perçues comme menacées, les musulmans pouvaient trouver un thème mobilisateur et rassembleur autour d'une idéalisation de leur droit et de leurs juridictions, et par là-même se définir en tant que groupe spécifique au sein de la société kenyane. C'est d'ailleurs, comme le rappelle Clifford Geertz, au cours d'un processus de politisation que le groupe ou la « communauté » sont conduits à définir des frontières et, à ce moment-là, certains « *liens primordiaux* » (liens de sang, religion, langue, etc.) s'affirment plus que d'autres⁸⁵. De même, dans le cadre de ce processus, les individus articulent leur

⁸¹ COULON, C., « Conclusion », in MARTIN, D.-C. (dir.), 1994, *op. cit.*, pp. 290-291.

⁸² HENRY, J.-R., « L'identité imaginée par le droit. De l'Algérie coloniale à la construction européenne », in MARTIN, D.-C. (dir.), 1994, *op. cit.*, pp. 41-63.

⁸³ COULON, C., 1994, *op. cit.*, pp. 290-291.

⁸⁴ CHEBEL, M., *La formation de l'identité politique*, Paris : Editions Payot et Rivages, 1998, pp. 174-175 et p. 198.

⁸⁵ GEERTZ, C., *The Interpretation of Cultures. Selected essays*, London : Fontana Press, 1993.

loyauté vis-à-vis de la communauté nationale et vis-à-vis de leur communauté constituée ou « imaginée », en fonction de ce qui leur paraît alors le mieux correspondre à leur « identité »⁸⁶.

De ce point de vue, même si la notion d'identité musulmane peut être discutée en ce qui concerne le Kenya, il demeure possible de considérer les interrogations sur le statut constitutionnel des juridictions kadhiales comme des revendications identitaires, suivant le concept selon lequel les groupes qui demandent la souveraineté ethnique ou culturelle recherchent aussi souvent un système judiciaire autonome⁸⁷. Ce travail se propose donc, comme y invite Louis Brenner, de réfléchir à la manière dont les musulmans africains tentent d'améliorer leur statut social et d'affirmer leurs objectifs politiques en adoptant de nouvelles stratégies de représentation de soi et de contestation politique⁸⁸. De façon plus générale, Muhittin Ataman affirme qu'aucun paradigme identitaire n'est parvenu à éliminer l'identité islamique des peuples musulmans. Alors que les États-nations revendiquent la loyauté exclusive et suprême de leurs citoyens, les musulmans se trouvent dans une situation où ils doivent articuler leur loyauté à l'État et leur loyauté à l'*Umma*⁸⁹. En outre, dans son introduction à l'ouvrage *Muslim Identity and Social Change in Sub-Saharan Africa*, Louis Brenner rappelle que la colonisation et la sécularisation ont stimulé une nouvelle dynamique d'islamisation sur le continent et propose de réfléchir à la manière dont, après la vague d'ouverture démocratique, les sociétés musulmanes se sont comportées, ont réagi, se sont ou non transformées. De même, René Otayek interprète l'épanouissement des formes de sociabilité islamique et les revendications musulmanes comme des tentatives de distanciation par rapport à une modernisation qui serait imposée à ces populations ou comme des processus de reconstruction identitaire⁹⁰. D'après lui, le développement de l'islam en Afrique noire ne peut être considéré comme un avatar de l'activisme politico-religieux arabe, mais tient avant tout aux dynamiques propres aux sociétés africaines⁹¹. Dans ce contexte, où les sociétés africaines sont en pleine mutation, « l'islam fait sens parce qu'il apparaît comme le

⁸⁶ ANDERSON, B., *Imagined Communities. Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*, London : Verso, 1983.

⁸⁷ MERRY, S.E., « Anthropology, Law, and Transnational Processes », *Annual Review of Anthropology*, Vol. 21, 1992, p. 362.

⁸⁸ BRENNER, L., « Introduction. Muslim Representations of Unity and Difference in the African Discourse », in BRENNER, L. (ed.), *Muslim Identity and Social Change in Sub-Saharan Africa*, London : Hurst and Company, 1993, pp. 1-2.

⁸⁹ ATAMAN, M., « Islamic Perspective on Ethnicity and Nationalism : Diversity or Uniformity ? », *Journal of Muslim Minority Affairs*, Vol. 23, n°1, avril 2003, p. 89.

⁹⁰ OTAYEK, R., *Identité et démocratie dans un monde global*, Paris : Presses de Sciences Po, 2000, p. 153.

⁹¹ *Ibid.*, p. 155.

*substitut à la faillite de la conception occidentale du monde en laquelle les musulmans voient la cause des malheurs qui accablent la société : injustice sociale, corruption des mœurs, désarticulation des liens familiaux, alcoolisme, etc. »*⁹². Ailleurs, John Hunwick souligne qu'« *Aujourd'hui, alors que nous approchons de la fin du 20^{ème} siècle, il est clair que les musulmans africains, comme la plupart des musulmans ailleurs dans le monde, cherchent encore à redéfinir leur identité et leur relation aux valeurs et aux normes culturelles 'occidentales' et à repenser les cadres politiques et sociaux au sein desquels ils souhaitent vivre* »⁹³. Certes, au-delà des généralisations, plusieurs études insistent sur la particularité de chaque contexte et sur les difficultés de définir les contours de l'identité musulmane, perpétuellement construite ou reconstruite⁹⁴. Mais il s'agit de se demander si, au Kenya, le positionnement des acteurs par rapport à la question des tribunaux de Kadhis participe de l'affirmation d'une identité particulière, au sens où l'entend Denis-Constant Martin, comme des « *constructions dont les fondations et les superstructures sont déterminées par les situations dans lesquelles elles sont érigées, par les rapports de pouvoirs qui sont alors noués et les efforts entrepris pour les modifier* »⁹⁵.

Ainsi, l'ambition première de cette étude consiste à s'interroger sur la manière dont une institution, aux attributions somme toute limitées, peut devenir une source d'identification et de mobilisation, et par là même acquérir une visibilité qu'elle ne possédait pas. L'objectif principal est de mettre en lumière la dimension symbolique des juridictions kadhiales, comme élément participatif de l'affirmation d'une identité musulmane, ainsi que comme reflet du statut général et du rapport à l'État de la population islamique au Kenya. Enfin, de façon plus générale, ce projet vise à réfléchir au problème de la reconnaissance du droit coranique dans un État non islamique et aux problèmes concrets que cela peut soulever. Dans cette

⁹² OTAYEK, R., 2000, *op. cit.*, p. 168.

⁹³ « *Now, as we move towards the end of the twentieth century, it is clear that African Muslims, in common with most Muslims elsewhere, are still seeking to redefine their identity and their relationship to 'western' values and cultural norms and to rethink the political and social frameworks within which they wish to live* ». HUNWICK, J., « Sub-Saharan Africa and the Wider World of Islam : Historical and Contemporary Perspectives », *Journal of Religion in Africa*, XXVI, 3, août 1996, p. 231.

⁹⁴ EICKELMAN, D.F. et PISCATORI, J., (ed.), *Muslim Travellers, Pilgrimage, Migration and the Religious Imagination*, London : Routledge, 1990 ; HARROW, K.W. (ed.), *Faces of Islam in African Literature*, Portsmouth : Heneman, 1991 ; LAUNAY, R., *Beyond the Stream. Islam and Society in a West African Town*, Berkeley et Los Angeles : University of California Press, 1992 ; BRENNER, L., « Constructing Muslim Identity in Mali », in BRENNER, L. (ed.), 1993, *op. cit.*, pp. 59-78 ; MANGER, L., (ed.), *Muslim Diversity. Local Islam in Global Contexts*, Richmond : Curzon Press, 1999 ; WESTERLUND, D. et SVANBERG, I., (eds.), *Islam Outside the Arab World*, Richmond : Curzon Press, 1999 ; numéro spécial du *Journal of Religion in Africa*, 2005, Vol. 35.4, « Negotiating Islam ».

⁹⁵ MARTIN, D.-C., « Le choix d'identité », *Revue française de science politique*, Vol. 42, n°4, août 1992, p. 583.

perspective, il est important de veiller à distinguer, d'une part, les discours et les représentations relatifs à cette institution et, d'autre part, la façon concrète dont les individus y recourent ou y sont confrontés. En résumé, il s'agit de se questionner sur la manière dont les musulmans, dans le contexte post-colonial et dans le cadre de l'État séculier articulent leur identité de musulman et leur qualité de citoyen « moderne », en mettant en avant la dimension symbolique des tribunaux de Kadhis, cette dernière reposant à la fois sur leur statut et leur perception par les acteurs.

II- Les défis d'une recherche en milieu musulman au Kenya.

Ayant bénéficié entre septembre 2005 et août 2008 d'une bourse de recherche du gouvernement français auprès de l'Institut Français de Recherche en Afrique (IFRA), j'ai eu le privilège de pouvoir passer trois années sur le terrain. Malgré une image entachée par les récentes violences qui ont suivi la contestation des résultats de l'élection présidentielle de décembre 2007, les conditions de recherche au Kenya sont globalement très favorables et, contrairement à ce qui était le cas à une certaine époque, aucune zone du pays n'est inaccessible. En réalité, mes interrogations avant le départ sur le terrain ne portaient pas tant sur le pays lui-même que sur la manière dont une jeune femme non musulmane pourrait être acceptée pour conduire ses travaux au sein d'une population parfois très suspicieuse à l'encontre de tout observateur étranger⁹⁶ et dans un contexte bien particulier où l'objet de cette recherche était au cœur d'une controverse entre les leaders musulmans et chrétiens.

D'un point de vue méthodologique et considérant le thème spécifique de cette étude, une première question s'imposait sur la façon, pour un non-musulman, d'étudier le droit islamique ou les institutions en charge de l'appliquer, un aspect sur lequel je me suis questionnée plusieurs fois alors que j'étais sur le terrain. En effet, à plusieurs reprises, alors que j'expliquais le sujet de ma thèse, la première réaction de mes interlocuteurs était de me demander si j'étais musulmane. Les musulmans seraient-ils donc les seuls à avoir légitimement le droit de faire des recherches sur le droit islamique ? À ce sujet, Hervé Bleuchot rappelle la difficulté, pour un « infidèle », d'écrire sur l'islam, car *« aux yeux du clerc musulman, toute écriture sur l'islam ne peut être qu'une attaque ou une soumission,*

⁹⁶ C'est l'impression que j'avais ressentie auprès de certains interlocuteurs lors des recherches que j'avais menées à Nairobi en juillet-août 2004, pour mon mémoire de DEA.

puisque'il assimile le chrétien et le laïc »⁹⁷. D'ailleurs, l'attitude générale des chercheurs occidentaux, qui auraient tendance à décrire les juridictions kadhiales comme des instances manquant de rigueur et les Kadhis comme des magistrats au pouvoir discrétionnaire, pourrait justifier la méfiance des lettrés musulmans à l'égard de tout travail mené par un « infidèle »⁹⁸. Pourtant, en réalité, au-delà de la curiosité au sujet de ma propre confession, aucune information ne m'a été refusée en raison de mon statut de non-musulmane. Une autre question qui m'a été souvent posée concernait ma qualité de femme et la légitimité que je pouvais avoir à réaliser une recherche sur l'islam. La difficulté aurait pu tenir à la réticence de certains hommes à me parler ou à me considérer comme une interlocutrice digne d'intérêt. Mais là encore, le fait d'être une femme n'a jamais été un véritable problème et seules quelques concessions vestimentaires ont été indispensables pour rencontrer certaines personnes ou pénétrer certains lieux, en particulier lorsque des entretiens devaient être conduits dans les mosquées. En revanche, auprès des Kadhis et dans l'enceinte des cours de justice -ces lieux étant publics- aucune restriction ne m'était imposée en terme d'habillement. Toutefois, par respect envers mes interlocuteurs, mais aussi pour les mettre plus à l'aise, je m'efforçais toujours de porter une tenue sinon « décente », du moins en conformité avec les canons musulmans⁹⁹. Enfin, en ce qui concerne l'accès aux justiciables, le contact avec les femmes m'a paru plus aisé, en particulier dans un domaine où des aspects intimes de la vie des individus sont parfois évoqués.

Le dernier aspect méthodologique qui aurait pu constituer un défi concernait la manière d'obtenir des informations faisant sens au regard des pratiques et des représentations juridiques des acteurs, sur un terrain étranger. À ce sujet, Nobert Rouland, dans son *Anthropologie juridique*, souligne l'importance du temps dans l'observation des phénomènes juridiques, afin de repérer les pratiques significatives¹⁰⁰. D'après lui, il existe deux modes d'approche du phénomène juridique : l'analyse institutionnelle et l'observation participante des comportements, la seconde, étant particulièrement importante parce que l'analyse institutionnelle, qui se limite aux institutions, laisse de côté des pans entiers du droit. Or l'observation des comportements, qu'il qualifie d'ethnologie juridique, « *part du principe que*

⁹⁷ BLEUCHOT, H., 1990, *op. cit.*, p. 179.

⁹⁸ ROSEN, L., *The Anthropology of Justice. Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge : Cambridge University Press, 1989, pp. 18-19.

⁹⁹ Si je ne me couvrais le visage que lors d'entretiens dans les mosquées, partout, je veillais à porter des vêtements amples et longs. Ceci pourrait paraître un simple détail, mais cette moindre marque de respect me semblait indispensable pour obtenir non seulement la confiance, mais aussi la disponibilité et la coopération de mes interlocuteurs.

¹⁰⁰ ROULAND, N., *Anthropologie juridique*, Paris : PUF, 1988, p. 106.

*toute société répartit par des processus de juridicisation les faits sociaux entre les domaines du juste et de l'injuste, explicitement dans les discours, implicitement dans les comportements. La description des comportements permet ainsi une meilleure interprétation des institutions »*¹⁰¹. De ce point de vue, ma présence sur le terrain pendant trois ans a grandement aidé à la compréhension de la société kenyane en général et des différentes communautés musulmanes. De plus, outre les informations recueillies dans le cadre des entretiens formels, un grand nombre d'éléments moins évidents n'ont pu être compris que grâce au contact régulier et suivi avec les populations intéressées. C'est pourquoi je me suis efforcée de vivre le plus possible avec des musulmans, en dehors des travaux de recherche proprement dits, et de participer à divers moments de leur vie sociale. Lors de mes déplacements à Mombasa et lors de ma visite à Lamu, en particulier, j'ai vécu dans différentes familles swahilies, ce qui m'a donné l'occasion de participer à plusieurs mariages et à diverses festivités, telles que le mois de Ramadan. De même, à Kisumu, j'étais hébergée dans une famille musulmane et à Nairobi ou Malindi, je rendais régulièrement visite à de jeunes musulmanes que j'avais rencontrées au hasard de mes enquêtes. C'est ainsi que, au-delà de la seule recherche sur les tribunaux de Kadhis à proprement parler, j'ai pu mieux appréhender le mode de vie, les relations et la sociabilisation des musulmans.

Ayant en tête ces aspects méthodologiques, la première étape de la recherche, qui se basait plus sur des lectures et un travail documentaire, a consisté à s'imprégner de l'histoire et des caractéristiques de la population musulmane au Kenya.

1) La présence musulmane au Kenya.

L'originalité de l'islam en Afrique orientale provient notamment de son implantation, qui ne s'est pas faite à la faveur de conquêtes musulmanes, mais par le biais de commerçants ou de migrants qui se sont installés sur la Côte. L'islam dans cette partie du monde était donc historiquement tourné vers l'extérieur et ce n'est qu'à la fin du 19^{ème} siècle qu'il a progressé plus à l'intérieur des terres¹⁰².

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 169-170.

¹⁰² Les études sur l'histoire de l'islam au Kenya sont assez nombreuses. Voir, par exemple : TRIMINGHAM, J.S., *Islam in East Africa*, Oxford : Clarendon Press, 1964 ; POEWELS, R.L., *Horn and Crescent, Cultural Change and Traditional Islam on the East African Coast, 800-1900*, Cambridge : Cambridge University Press, 1987 ; AYUBI, Shaheen et MOHYUDDIN, Sakina, « Muslims in Kenya : An Overview », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, 1994, Vol. XV, n° 1-2, pp. 144-156 ; BAKARI, M. et YAHYA S.S. (eds.), *Islam in Kenya, Proceedings of the National Seminar on Contemporary Islam in Kenya*, Nairobi : MEWA Publications,

L'origine de l'islam en Afrique de l'Est demeure incertaine : pour certains historiens, cette religion fut introduite sur la côte orientale par des commerçants arabes, alors que d'autres considèrent qu'elle a été amenée depuis l'Éthiopie et la Somalie du Nord, ou bien encore par des peuples non arabes originaires de Shiraz (en Perse)¹⁰³. Quoi qu'il en soit, la présence islamique au Kenya remonte au moins au 10^{ème} siècle. Le culte s'implanta sur les rivages de l'océan Indien et s'y développa grâce au commerce florissant de cette région avec la péninsule arabique, donnant progressivement naissance à la civilisation swahilie. Des familles originaires de l'Hadramaout (Yémen) et d'Oman s'installèrent dans les îles de l'océan Indien (Lamu, Mafia, Kilwa et Zanzibar)¹⁰⁴ : à partir du 13^{ème} siècle, la région connut trois grandes vagues de migrations de *sharif* hadrami¹⁰⁵, qui se sont distingués par la résistance qu'ils opposèrent aux Portugais à partir de 1560 et par l'abondante littérature qu'ils produisirent, d'abord en arabe, puis en swahili. Plus tard au 19^{ème} siècle, l'établissement du sultanat de Zanzibar par le clan omanais des Busaidi¹⁰⁶ renforça la présence islamique dans la région. C'est aussi à cette époque que la population d'origine indienne, présente dès le 15^{ème} siècle, s'accrût de façon significative. Étant hindous ou musulmans (Khoja, Bohra ou Memons), les Indiens prirent progressivement le contrôle du commerce et des échanges financiers¹⁰⁷.

Malgré sa progression incontestable, la religion musulmane resta confinée sur la Côte jusqu'au 19^{ème} siècle, les lettrés arabes ne cherchant pas à diffuser une foi qui représentait pour eux une marque de différenciation sociale¹⁰⁸. Les évolutions commerciales au début du 19^{ème} siècle, marquées par une demande croissante d'ivoire, d'esclaves et de céréales, entraînèrent la pénétration des marchands musulmans à l'intérieur des terres et l'expansion politique du sultanat de Zanzibar, sous la dynastie des Busaidi, provoqua la migration de

1995 ; CROZON, Ariel, « L'Umma divisée. Les communautés musulmanes du Kenya », in GRIGNON, F. et PRUNIER, G. (dir.), *Le Kenya contemporain*, Paris : Karthala, Nairobi : IFRA, 1998.

¹⁰³ TRIMINGHAM, J.S., 1964, *op. cit.* ; POUWELS, R.L., 1987, *op. cit.*

¹⁰⁴ POUWELS, R.L., « The East African Coast, c. 780 to 1900 C. E. », in LEVTZION, N. et POUWELS, R.L. (eds.), *The History of Islam in Africa*, Athens : Ohio University Press, 2000, pp. 251-272.

¹⁰⁵ L'appellation arabe *sharif* (pl. *shuraf'a*) ou swahili *sharifu* (pl. *masharifu*) désigne les personnes reconnues comme étant des descendants du prophète Mohammed.

¹⁰⁶ En 1840, le Sultan d'Oman transféra sa capitale à Zanzibar, créant le sultanat du même nom.

¹⁰⁷ Sur les Indiens : MANGAT, J.S., *A History of the Asians in East Africa, c. 1886 to 1945*, Oxford : Clarendon Press, 1969.

¹⁰⁸ CONSTANTIN, F., « Communautés musulmanes et pouvoir politique en Afrique orientale (XIX^e-XX^e siècle) », in Département d'Histoire de l'Université du Burundi, *Histoire sociale de l'Afrique de l'Est (XIX^e-XX^e siècle). Actes du Colloque de Bujumbura (17-24 octobre 1984)*, Paris : Karthala, 1991, pp. 102-116 ; PENRAD, J.-C., « Religieux et profane dans l'École coranique. Le cas de l'Afrique orientale et de l'océan Indien occidental », *Cahiers d'Études africaines*, XLIII (1-2), 169-170, 2003, pp. 321-336.

certaines familles musulmanes des villes côtières vers de nouveaux lieux d'implantation¹⁰⁹. Ces phénomènes participèrent au développement des contacts entre musulmans et non musulmans, donc à la propagation de l'islam, d'abord dans les zones rurales proches de la Côte puis dans l'intérieur plus lointain, où les commerçants arabo-swahilis répandirent leur religion dans des villes-relais¹¹⁰. L'expansion de l'islam à l'intérieur du Kenya, parmi les populations kikuyus, kambas, luhyas et luos resta toutefois un phénomène urbain et individuel : il n'y eut ni prosélytisme organisé, ni conversions de masse, comme cela a pu être le cas en Afrique occidentale¹¹¹. Des caravanes de commerçants arabo-swahilis pénétrèrent l'intérieur du pays dès le milieu du 19^{ème} siècle, mais avant la colonisation, en l'absence d'une volonté des commerçants d'établir des centres communautaires viables, l'islam demeura confiné à Mumias¹¹².

Au Kenya, outre la région côtière, le second grand foyer de peuplement musulman se situe dans le nord-est du pays, une zone habitée par une large population somali (dans les zones proches de la frontière avec la Somalie) et oromo (près de l'Éthiopie). L'islam y pénétra dès son émergence au 7^{ème} siècle¹¹³. Dans le reste du pays, à l'intérieur des terres, l'expansion de l'islam a coïncidé avec l'établissement de la règle coloniale. À cette époque là, les habitants côtiers de Zanzibar, du Tanganyika et du Kenya, volontairement ou sous la contrainte, assistèrent le pouvoir étranger dans son entreprise d'enracinement de son hégémonie politique dans l'intérieur du pays. Des musulmans furent ainsi employés comme *askari* (gardiens), porteurs ou interprètes. La construction de l'*Uganda Railways* joua aussi un rôle fondamental¹¹⁴. Les Britanniques recrutèrent alors des travailleurs indiens pour la construction du chemin de fer reliant Mombasa à Kampala, ce qui attira encore des commerçants asiatiques et arabes, lesquels s'établirent à l'intérieur des terres à des fins commerciales. Dès la fin du 19^{ème} siècle, des commerçants swahilis, ainsi que des soldats ou des porteurs musulmans originaires de la côte kenyane et recrutés par l'*Imperial British East African Company* (IBEAC) fondèrent des villages musulmans dans la région de Nairobi. Dans

¹⁰⁹ Ce fut le cas des Mazrui, originaires d'Oman, qui quittèrent Mombasa pour s'installer plus au nord ou plus au sud.

¹¹⁰ SPERLING, D.C., « The Coastal Hinterland and the Interior of East Africa », in LEVTZION, N. et POUWELS, R.L. (eds.), *The History of Islam in Africa*, Athens : Ohio University Press, 2000, pp. 273-302.

¹¹¹ NZIBO, Y.A., 1995, *op. cit.*, pp. 40-52.

¹¹² NZIBO, Y.A., 1984, *op. cit.*, p. 446 ; MOHAMED, H.K., *Some Aspects of Islam in Kitui, c. 1890-1963*, Department of History, University of Nairobi, Staff Seminar Paper n°5, 1983-1984.

¹¹³ KAPTEIJNS, L., « Ethiopia and the Horn of Africa », in LEVTZION, N. et POUWELS R.L. (eds.), 2000, *op. cit.*, pp. 227-250.

¹¹⁴ NZIBO, Y.A., 1984, *op. cit.*, pp. 446-453.

le cadre de leurs opérations d'implantation, les Britanniques firent venir des soldats et porteurs somalis, soudanais (Nubiens) et swahilis, traditionnellement musulmans, qui s'installèrent dans la ville nouvelle et qui, au sein de l'armée, convertirent des hommes d'autres groupes ethniques (Kamba, Luo ou Nandi)¹¹⁵. Pour ces populations, le processus de conversion était très symbolique, supposant l'abandon du nom tribal et l'acquisition d'un nom musulman, mais également l'adoption de pratiques nouvelles comme la circoncision¹¹⁶. Pendant l'insurrection Mau Mau¹¹⁷, l'adhésion à l'islam répondit même à un choix rationnel pour de nombreux Kikuyus : avoir un nom musulman les mettait à l'abri des différentes formes de harcèlement et les exemptait du « *Special Kikuyu Tax* », dont les autres membres de leur ethnie devaient s'acquitter¹¹⁸. Le processus colonial fournit en outre aux musulmans une opportunité unique de pénétrer dans l'intérieur. La conquête militaire précédant l'établissement de la règle coloniale fut en grande partie le fait de soldats musulmans et pendant les premières années de la colonisation, tant les Britanniques que les Allemands se reposèrent sur des musulmans pour occuper les postes-clé de chefs, clercs, collecteurs des impôts¹¹⁹. Les gouvernements coloniaux établirent également de nouveaux centres commerciaux, où les musulmans n'avaient pas encore pénétré et où certains (arabes, swahilis somalis ou indiens) s'installèrent. Ceci a contribué à la poursuite de l'islamisation, dans la mesure où ces commerçants épousèrent souvent des femmes originaires de ces contrées, qu'ils convertirent à leur religion. Ainsi, au moment de la Première Guerre Mondiale, des communautés musulmanes existaient dans pratiquement tous les centres administratifs

¹¹⁵ MAINGI, A.K., 1989, *op. cit.*

¹¹⁶ TRIMINGHAM, J.S., 1964, *op. cit.*

¹¹⁷ Colonie de peuplement, le Kenya fut l'un des rares pays à connaître une lutte armée pour accéder à l'indépendance, le mouvement *Mau Mau*, qui secoua le pays de 1952 à 1954. Sous la pression des colons, l'État colonial établit une distinction juridique entre les terres réservées aux Africains (*African Reserves*) et celles, les plus fertiles, attribuées aux Blancs (*White Highlands*). Or, les Kikuyu, l'ethnie numériquement majoritaire, vivaient sur ces hauts plateaux et l'arrivée des Européens mit fin à leur expansion territoriale. Nombre de ces Kikuyu devinrent alors des « squatters », travaillant sur les terres des colons. À partir de la fin des années 1940, face à une population de squatters de plus en plus importante, les colons adoptèrent des mesures défavorables aux Africains, conduisant notamment à une diminution de leurs salaires. Certains « squatters », après avoir refusé de signer les nouveaux contrats, furent renvoyés dans leurs réserves tribales. Ce conflit joua un rôle important dans la naissance du mouvement *Mau Mau*. Ainsi, à partir de 1950, des actes de violence isolés commencèrent à se produire sur les hauts plateaux blancs et en octobre 1952, le gouvernement colonial proclama l'état d'urgence. Pendant quelques mois, de nombreux jeunes Kikuyu rejoignirent des maquis rudimentaires et constituèrent une sorte d'armée de guérilla, qui réussit à tenir tête au gouvernement colonial jusqu'en 1956. Mouvement national, la rébellion *Mau Mau* n'a jamais représenté une véritable menace militaire mais a réussi à créer un climat de psychose et de peur chez les colons blancs et a précipité le mouvement vers l'indépendance. À ce sujet : BUIJTENHUIJS, R., « L'insurrection Mau Mau », in GRIGNON, F. et PRUNIER, G. (dir.), *Le Kenya contemporain*, Paris : Karthala, Nairobi : IFRA, 1998, pp. 95-111.

¹¹⁸ WHITE, L., *The Comfort of Home, Prostitution in Colonial Nairobi*, 1990, *op. cit.*

¹¹⁹ SPERLING, D.C., 2000, *op. cit.*, pp. 273-302.

coloniaux, un trait qui s'est maintenu après l'indépendance¹²⁰. Cette islamisation, surtout par le biais de marchands aux origines géographiques variées, se solda en outre par l'implantation de divers courants de l'islam.

2) Les divers courants de l'islam kenyan.

Si les Sunnites sont, de loin, les plus nombreux, le Kenya compte également nombre de Chiites¹²¹, ainsi que certains membres de la secte Ahmadiyya¹²². Ces derniers, considérés comme hérétiques par les autres musulmans, ont organisé un mouvement missionnaire très actif en Afrique orientale.

Minoritaires au sein de l'islam kenyan, la plupart des chiites sont d'origine indo-pakistanaise, bien que quelques Africains aient rejoint ce courant¹²³. Trois groupes chiites sont représentés au Kenya : les Ismaéliens Khoja, les Ithnasheris et les Bohras¹²⁴. Les Ismaéliens¹²⁵ représentent aujourd'hui l'une des communautés musulmanes les plus prospères et les mieux organisées. Leur fonctionnement est très centralisé et Nairobi accueille le siège régional de l'*Aga Khan Foundation*. Ils occupent des positions économiques de premier plan, étant en particulier les actionnaires majoritaires du quotidien national *The Nation* et contrôlant

¹²⁰ *Ibid.*, p. 296.

¹²¹ Les origines du chiisme remontent à la *Fitna* (la « Grande Discorde ») qui, en 680, déchira les musulmans au sujet de la succession du Prophète. À la mort de Mohammed en 632, certains considérèrent que seuls les membres de sa famille pouvaient lui succéder et souhaitaient voir son cousin, fils adoptif et gendre, Ali, devenir calife. Mais ce n'est qu'en 656, après trois autres califes, qu'Ali fut désigné. Les musulmans se divisèrent alors entre ses partisans et la majorité, dont est issue le sunnisme. Les troupes d'Ali furent battues par les armées omeyyades, puis lui-même fut assassiné. Hussein, son fils, reprit la flambeau, mais fut massacré avec ses troupes à Kerbala en 680. Ses partisans, les partisans d'Ali (*chi'at Ali*) formèrent le chiisme.

¹²² La secte Ahmadiyya (encore appelée Qadianiyya) est née au Penjab à la suite des prédications de Mizra Ghulam Ahmad (1836-1908). Au Kenya, elle est apparue à Mombasa en 1934, avant de se replier sur Nairobi. Elle est connue pour avoir réalisé plusieurs traductions du Coran, en swahili, en luo, en kikamba et en kikuyu, et pour avoir publié pendant plusieurs années le périodique « *Mapenzi ya Mungu* » (« Amour de Dieu »). Les Ahmadi ont une mosquée à Nairobi depuis 1923, située sur Muranga Road.

¹²³ ODED, A., 2000, *op. cit.*, pp. 67-68. Les musulmans indo-kenyans représentent environ 43,000 personnes, dont une petite majorité de sunnites (23,000) et des chiites (20,000). Comme le souligne Michel Adam, « *L'importance relative du chiisme est un trait spécifique des Indo-Kenyans, cette obédience étant minoritaire en Inde, mais aussi chez les musulmans africains du Kenya* ». ADAM, M., « Une minorité microcosmique : les Indo-Kenyans de Nairobi », in CHARTON-BIGOT, H. et RODRIGUEZ-TORRES, D. (dir.), *Nairobi contemporain. Les paradoxes d'une ville fragmentée*, Paris : Karthala et Nairobi : IFRA, 2006, p. 312.

¹²⁴ SALVADORI, C., *Through Open Doors. A View of Asian Cultures in Kenya*, Nairobi : Kenway Publications, 1989 ; PRUNIER, G., « Les communautés indiennes », in GRIGNON, F. et PRUNIER, G. (dir.), *Le Kenya contemporain*, Paris : Karthala, Nairobi : IFRA, 1998, pp. 191-207.

¹²⁵ Les Ismaéliens sont les adeptes d'Ismaël, le fils aîné de Jafar, 6^{ème} Imam (mort en 765). Ils forment un groupe de chiites minoritaires, dispersés dans plusieurs pays et sont aujourd'hui environ deux millions. Ils considèrent l'Aga Khan, l'Imam vivant, comme leur guide suprême et infaillible. Les Ismaéliens interprètent de manière très tolérante nombre de prescriptions islamiques (circoncision, jeûne, prohibition de l'alcool, statut des femmes, etc.).

la chaîne d'hôtels *Serena*. Ensuite, les Ithnasheris ou Duodécimains¹²⁶ sont les descendants d'anciens Khoja Ismaéliens, entrés en conflit avec l'Aga Khan peu après son arrivée en Inde en 1840 et qui rejoignirent le courant dominant du chiisme¹²⁷. Ils sont environ 3 000 au Kenya, dont 848 à Nairobi, environ 2 000 à Mombasa, et quelques uns à Nakuru, Kisumu, Lamu et Malindi. Les Duodécimains ne sont pas engagés dans les associations musulmanes kenyanes. L'organisation de la communauté est centralisée, avec une Fédération Mondiale, basée en Grande-Bretagne. Il existe ensuite une Fédération Africaine, qui comprend une trentaine de *Jamaat*, dont celle de Nairobi¹²⁸. Leur comportement, réputé ultra conservateur, se caractérise par la séparation des sexes dès 9 ans, le port obligatoire du *chador* pour les filles, l'exclusion des femmes des mosquées, les mariages arrangés et une stricte endogamie. Ils entretiennent des relations soutenues avec leurs coreligionnaires d'Irak et d'Iran et développent de nombreuses activités missionnaires en direction des non musulmans ou des sunnites, notamment depuis l'instauration de la République Islamique d'Iran¹²⁹. Enfin, les Bohras¹³⁰ sont reconnus comme une communauté très fermée et très organisée, n'entretenant que très peu de contacts avec les autres musulmans.

En ce qui concerne les Sunnites, trois des principales écoles juridiques sont représentées au Kenya¹³¹, même si la majorité des musulmans kenyans sont de rite chaféite. Du point de vue ethnique, les sunnites sont aussi bien Africains, qu'Arabes ou Indiens. La plupart des musulmans africains sont des Somalis, des Swahilis ou des Nubiens, mais il en existe de toutes origines ethniques. Les Arabes présents au Kenya sont les descendants de migrants venus du Yémen ou d'Oman, les premiers se rattachant au chaféisme, les seconds à l'école hanbalite. Enfin, les Indo-pakistanaï, majoritairement hanafites, se répartissent en divers groupes selon leur origine géographique. Chez les « Asians », les Punjabi représentent,

¹²⁶ Les Ithnasheris, également connus sous le nom de Duodécimains, représentent environ 90% des musulmans chiites dans le monde. Ils ont suivi les vœux du 6^{ème} Imam Jafar qui, écartant son fils aîné Ismaël, avait désigné son fils cadet Musa al-Kasim pour lui succéder.

¹²⁷ SALVADORI, C., 1989, *op. cit.*

¹²⁸ Entretien avec Murtaza Somji, Président de la *Nairobi Khoja Shia Ithnasheri Jamaat*, Nairobi, le 18/08/06.

¹²⁹ ODED, A., 2000, *op. cit.*

¹³⁰ Les Bohras, ou Ismaéliens Tayyibi Dawoodi, sont les descendants d'une fraction d'Ismaéliens orthodoxes, les Tayyibi, qui fit sécession au 12^{ème} siècle puis se divisa entre un groupe yéménite et un groupe indien au 16^{ème} siècle. Les seconds prirent le nom de Dawoodi puis de Bohra. Leur chef suprême est appelé *Dai* (« missionnaire »).

¹³¹ L'islam sunnite est divisé en quatre écoles juridiques, ou *madhhab* en arabe (pl. *madhâhib*), dont l'existence tient au fait que ni le Coran, ni la *Sunna* (l'ensemble des paroles et des actes du prophète Mohammed) ne fournissent directement de solution à tous les problèmes concrets qui se posèrent aux premiers musulmans. Des habitudes de jurisprudence se constituèrent autour de docteurs expérimentés, donnant naissance à ces quatre écoles principales : malékite, hanafite, chaféite et hanbalite. Toutefois, les différences entre les quatre écoles sont assez mineures.

par exemple, une communauté prospère connue pour avoir contribué à la construction de nombreux édifices religieux musulmans, dont la mosquée *Jamia*, une des plus anciennes de la capitale kenyane, située en centre ville¹³². En ce qui concerne le droit, la présente étude concerne essentiellement les musulmans sunnites, dans la mesure où les Kadhis se réfèrent tous à ce courant de l'islam. De leur côté, les Chiites possèdent des instances particulières de résolution de leurs différends, où ils appliquent la version chiite du droit islamique.

3) Une recherche sur l'islam dans le contexte kenyan : enjeux et méthode.

Depuis le 11 septembre 2001, la foi musulmane fait incontestablement l'objet d'une attention particulière, liée au contexte global de lutte anti-terroriste, qui n'est pas sans avoir eu de répercussions sur le continent africain¹³³. Le nouvel environnement mondial pose un sérieux défi à certains principes fondamentaux de la légalité internationale, l'impact négatif de ce nouveau contexte étant particulièrement visible dans la manière dont les États-Unis cherchent à influencer les politiques internes de gouvernements africains et/ou islamiques particulièrement vulnérables aux pressions dudit gouvernement, afin qu'ils adoptent des politiques et des législations oppressives. Le Kenya ayant lui-même été victime d'attentats - contre l'ambassade américaine à Nairobi en 1998 et contre le *Paradise Hotel* à Mombasa en 2002-, les autorités nationales ont envisagé l'adoption d'une loi anti-terroriste. Ce projet a été largement condamné par les musulmans qui, se sentant visés et menacés dans la pratique de leur foi, se sont mobilisés contre le texte. En outre, ce contexte crée chez les musulmans une « mentalité d'assiégé », qui les rend plus conservateurs et plus défensifs pour tout ce qui concerne leur identité religieuse et culturelle¹³⁴.

Ainsi, travailler en milieu musulman, pour une femme non musulmane et dans le contexte post-11 septembre 2001, pourrait sembler difficile. Concrètement, aucun problème n'a été rencontré de ce point de vue et, au contraire, il faut souligner l'extrême gentillesse et la disponibilité de la très grande majorité des personnes rencontrées. La principale difficulté a plus tenu à l'accès général à des données chiffrées. Ainsi, en ce qui concerne l'obtention de statistiques relatives à l'utilisation des tribunaux de Kadhi, le travail de collecte s'est révélé

¹³² SALVADORI, C., 1989, *op. cit.*

¹³³ MARSHALL-FRATANI, R. et PÉCLARD, D., « Introduction au thème. La religion du sujet en Afrique », *Politique Africaine*, n°87, octobre 2002, p. 11.

¹³⁴ AN-NA'IM, A.A., *African Constitutionalism and the Role of Islam*, Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 2006, p. XI.

particulièrement laborieux, dans la mesure où les registres étaient souvent en mauvais état, voire indisponibles. En outre, le temps est apparu comme une contrainte majeure, un certain délai étant parfois nécessaire pour obtenir la confiance des interlocuteurs et qu'ils acceptent d'être interrogés. Dans un premier temps, la recherche a consisté à recueillir un maximum de données écrites, disponibles au Kenya. Une revue de la presse et de la littérature introuvables en France (thèses publiées dans les universités kenyanes, compte-rendus de conférences, etc.) et la consultation des archives nationales à Nairobi ont permis de collecter des informations relatives aux questions historiques et à certains développements plus récents relatés dans la presse. À Nairobi, des informations ont également été obtenues auprès du ministère de la Justice, concernant l'organisation judiciaire et la place des tribunaux islamiques en son sein. Des travaux non accessibles en France ont été consultés auprès de diverses bibliothèques ou institutions (*Kenya National Archives*, *British Institute in Eastern Africa*, bibliothèque du Musée de Mombasa, Université de Nairobi, bibliothèque de la Haute Cour de Nairobi). Des documents, rapports ou ouvrages ont enfin été collectés de façon ponctuelle.

Ensuite, la recherche sur le terrain a permis de se familiariser avec le fonctionnement quotidien des tribunaux de Kadhi. Les magistrats de diverses provinces ont été rencontrés et il a été possible d'assister à des séances au sein de plusieurs tribunaux. Les entretiens avec les juges portaient sur leur parcours, leur opinion sur l'application de la loi islamique au Kenya, leurs relations avec l'administration judiciaire, le type de litiges qu'ils arbitrent, ainsi que les éventuelles difficultés qu'ils peuvent rencontrer dans leur travail. Par ailleurs, à chaque visite d'un tribunal, des données relatives aux différents cas soumis (origines des parties, motifs du recours au tribunal islamique, etc.) ont été recueillies et les registres, ainsi que des dossiers de litiges ont pu être consultés, permettant d'obtenir des informations sur le nombre de plaintes annuellement déposées et leur objet, ainsi que le nombre de mariages et de divorces enregistrés. Selon le tribunal, il a été possible d'avoir des chiffres plus ou moins anciens et ce travail s'est révélé assez fastidieux, les données n'étant pas informatisées et les registres pas toujours complets. Il a cependant été grandement facilité par la totale collaboration des différents juges et de leurs clercs.

Étant donné le nombre relativement important des tribunaux de Kadhi (16), il ne semblait pas possible de se rendre dans toutes les provinces où ils sont implantés. Cependant, un certain équilibre géographique a été recherché. À l'origine, il était envisagé de se limiter à l'étude de cinq d'entre eux (Mombasa, Malindi, Nairobi, Kisumu et Nyeri), mais après

quelques mois passés sur le terrain, il est apparu plus judicieux d'essayer d'étudier une dizaine de cours, dans une perspective comparatiste, mais aussi pour une plus grande représentativité. Des missions ont ainsi été effectuées à Nakuru (février 2006, une semaine), Kisumu (mars 2006, deux semaines ; février 2007, une semaine), Nyeri (juin 2006, une semaine), Malindi (octobre 2006, deux semaines), Lamu (mars 2007, une semaine), Garissa (mars 2007, une semaine) et Kwale (une journée en mai 2007, lors d'un séjour à Mombasa). Par ailleurs, des déplacements ont été régulièrement réalisés à Mombasa (janvier 2006, une semaine ; mai 2006, une semaine ; juillet 2006, une semaine ; octobre 2006, une semaine ; février-mars 2007, une semaine ; mai 2007, une semaine), en raison de l'importance du tribunal de Kadhi dans cette ville et parce qu'il y est comparativement le plus actif. Étant à Nairobi le reste du temps, des visites quasi-quotidiennes ont enfin été faites au tribunal de Kadhi entre janvier 2006 et janvier 2007. Mombasa, Malindi et Lamu, étaient importants en raison de l'islamisation ancienne de ces villes et pour des motifs historiques, puisque la présence de tribunaux de Kadhi y remonte au gouvernement du Sultan de Zanzibar et, pour Mombasa, parce que c'est dans cette ville que siège le Chief Kadhi. La ville de Kisumu, bien que située dans l'ouest du pays, semblait intéressante car un tribunal de Kadhi y existe depuis l'indépendance. Le cas de Nakuru et Nyeri se justifiait parce que ces deux villes, dont la population de confession islamique est moins importante, possèdent néanmoins une juridiction kadhiale. Le choix de Garissa s'imposait en raison des caractéristiques de la ville, peuplée essentiellement de Somalis et située dans une zone plus rurale. Enfin, Nairobi ne pouvait être oubliée parce qu'il s'agit de la capitale et que l'institution kadhiale y est assez active.

L'observation dans les tribunaux a constitué l'une des parties les plus importantes de la recherche, afin de comprendre le fonctionnement concret de l'institution, ainsi que la manière dont les individus s'y comportent. Les affaires sont entendues par les Kadhis dans leurs cabinets –sauf à Mombasa où il existe une salle de tribunal à proprement parler-, mais j'ai toujours obtenu leur autorisation pour assister aux séances. En fonction de la localisation, le Kadhi est plus ou moins occupé, ce qui explique pourquoi les séjours à Nakuru et Nyeri, où le nombre d'affaires était très faible, se sont limités à une semaine. Ce travail d'observation m'a permis d'assister à plusieurs dizaines d'affaires, dont une quarantaine ont été étudiées, du dépôt de la plainte au jugement, et ont été retranscrites (parfois, n'étant pas toujours sur place lors de certaines auditions, les notes ont été complétées, grâce à l'accès aux dossiers, qui m'a également été permis par les différents juges). Je ne peux ici oublier de mentionner l'extrême

gentillesse des Kadhis qui tous, sans exception, m'ont laissée libre d'accéder à tous les documents que je souhaitais consulter et m'ont permis d'assister aux séances, sans avoir à produire le moindre permis de recherche. Dans certaines localités, j'ai même été surprise de la grande confiance que certains magistrats m'accordaient. Par exemple, à Mombasa, alors que le tribunal était extrêmement occupé tout au long de la journée, le Kadhi m'a autorisée à rester seule dans les locaux, au moment des pauses déjeuner, afin que je puisse consulter les dossiers de plaintes ou les registres et prendre des notes, sans devoir déranger les clercs dans leur travail. Toujours à Mombasa, une place m'a été réservée dans le bureau des clercs à chacun de mes déplacements, afin que je puisse rédiger mes notes plus facilement. Enfin, tant le Kadhi que le Chief Kadhi ont fait preuve d'une extrême disponibilité pour répondre à mes questions, alors même que parfois des dizaines de personnes attendaient pour les rencontrer. Dans une autre localité, à Malindi, le magistrat m'a même demandé plusieurs fois de remplir des certificats de mariage ou son registre, alors qu'il ne disposait pas de clerc personnel ! À Nairobi, enfin, un bureau était à ma disposition dès que j'arrivais et je dois souligner l'accueil particulièrement chaleureux qui m'était réservé chaque fois, tout comme le travail des deux clercs, toujours prêts à m'assister pour entrer en contact avec des parties présentes.

Enfin, en plus de ces observations, des entretiens ont été menés avec divers types d'interlocuteurs¹³⁵. Outre les magistrats de droit musulman eux-mêmes, différents acteurs de l'administration judiciaire ont été rencontrés, que ce soient d'autres juges, des avocats ou des fonctionnaires du ministère de la Justice. Des responsables religieux (Imams) et différents leaders musulmans (membres du *Supreme Council of Kenya Muslims*, du *Council of Imams and Preachers of Kenya*) ont encore été interrogés. L'islam n'étant pas la principale religion du Kenya, il paraissait aussi essentiel de questionner des leaders chrétiens, afin de connaître leur opinion sur les tribunaux de Kadhi et l'application du droit islamique. Enfin, des musulmans ayant ou ayant eu recours à ces juridictions ont été interrogés, afin de mieux comprendre leurs motivations, leur choix de s'adresser à ce type de tribunal, leurs opinions sur la place des tribunaux islamiques et les débats relatifs à leur statut constitutionnel. À ce sujet, les entretiens avec les justiciables ont sans conteste été les plus difficiles à réaliser, se révélant impossibles au moment de la séance et difficiles après, les parties n'ayant plus toujours le temps ou certains, mécontents du déroulement de la séance n'étant plus disposés à parler de leur problème. Malgré ces contraintes, un peu plus d'une vingtaine de justiciables

¹³⁵ La liste des personnes rencontrées figure dans l'annexe 4.

ont pu être interviewés. La quasi-totalité des entretiens ont été réalisés à Nairobi en raison de la configuration du tribunal, le seul qui permettait un minimum de confidentialité. Mais des informations ont été aussi recueillies à travers des conversations très informelles, le plus souvent en dehors de l'enceinte du tribunal. Les personnes étaient donc choisies au hasard des rencontres, selon qu'elles acceptaient ou non de répondre à mes questions. Malgré ce choix assez aléatoire, un certain équilibre a pu être respecté entre hommes et femmes, ainsi que du point de vue des origines sociologiques ou ethniques.

L'ensemble de ces observations et de ces entretiens ont permis d'infirmer ou de confirmer les hypothèses de départ. De nouvelles réflexions se sont également développées grâce à la confrontation concrète avec les institutions de droit musulman.

III- Hypothèses de travail et leur articulation.

Alors qu'au Kenya l'application du droit islamique par les tribunaux de Kadhi est restreinte¹³⁶, l'hypothèse centrale de cette thèse concerne le statut avant tout symbolique des juridictions kadhiales. L'histoire de ces institutions, leurs compétences officielles, la manière dont elles sont perçues et utilisées par les fidèles, tout semble témoigner d'instances qui sont avant tout importantes d'un point de vue sentimental ou emblématique, pour une population qui les décrit comme partie intégrante de sa foi.

1) Les hypothèses de travail.

Partant de l'idée selon laquelle toute étude de la justice dans une société africaine ne peut faire abstraction du moment colonial, il convient de considérer que le rôle de l'islam dans les sociétés ainsi dominées a été en partie forgé par sa rencontre avec le pouvoir impérialiste, les deux entretenant des relations complexes et souvent contradictoires. Par ailleurs, comme le soulignent June Starr et Jane F. Collier, « *les sociétés peuvent être caractérisées comme ayant des systèmes juridiques duals ou pluriels, mais ces systèmes ne sont jamais autonomes* »¹³⁷. Pourtant, dans le même temps, l'islam fournit une zone

¹³⁶ La juridiction des magistrats de droit islamique se limite exclusivement aux affaires civiles, et ne concerne pas le domaine criminel ou même commercial.

¹³⁷ « *Societies may be characterized as having dual or multiple legal systems, but these systems are never autonomous* », STARR, J. et COLLIER, J.F., « Historical Studies of Legal Change », *Current Anthropology*, Vol. 28, n° 3, juin 1987, p. 371.

d'autonomie et de résistance au colonialisme, qui s'illustra par la marge d'autonomie et le statut particulier qui ont été accordés à la loi islamique dans la plupart des situations coloniales¹³⁸. Ainsi, la première hypothèse concernant les juridictions kadhiales est celle d'une relative liberté des juges islamiques et des communautés locales dans la manière dont ils s'occupent de leurs affaires personnelles, tant qu'ils n'affectent pas les intérêts immédiats de l'État ou de ses agents¹³⁹.

Toutefois, les nécessités juridiques ont aussi une dimension politique, qui concerne la compatibilité du droit personnel musulman avec le cadre constitutionnel plus général¹⁴⁰ et la quête de la conciliation entre l'unité législative nécessaire à un État moderne et le respect des consciences individuelles, dans le cas présent, religieuses. Ainsi, les problèmes entourant la reconnaissance des tribunaux islamiques illustrent le défi pour l'État séculier de concilier la citoyenneté comme principe fondateur de la communauté politique et les attentes musulmanes dans le domaine du statut personnel¹⁴¹. En ce qui concerne les éventuels conflits de normes, il ne s'agit pas tant d'étudier le pluralisme du point de vue strictement juridique, que de chercher à comprendre comment les sujets construisent eux-mêmes un domaine normatif à part et comment ils se construisent au sein de ce cadre. La façon dont se positionnent les musulmans par rapport à l'institution kadhiale en dit long sur la conception qu'ils se font de leur citoyenneté, sur leur conception de la religiosité par rapport à la loi, et sur la façon dont ils vivent et produisent leur « islamité ». La mise en jeu de thèmes proprement musulmans et leur médiatisation à outrance correspondent aussi à une revendication identitaire, avec la vision d'une islamité considérée comme menacée. Mais ces revendications ne correspondent pas forcément à un processus réactionnaire, comme il serait trop facile de le conclure et, au contraire, leurs motivations sont bien plus complexes.

L'importance d'une étude sur le droit repose encore sur les implications sociales des questions juridiques, le droit de la famille étant à la base de la société. Ainsi, l'attachement des musulmans à leur droit en matière de mariage et de succession s'explique parce que c'est dans ces deux domaines que la loi est considérée par les musulmans comme le plus intimement liée à la pratique de leur religion. La volonté de maintenir ces juridictions serait

¹³⁸ AN-NA'IM, A.A., 2006, *op. cit.*, pp. 113-116

¹³⁹ ROSEN, L., 1989, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴⁰ MASTURA, M.O., « Legal Pluralism in the Philippines », *Law and Society Review*, Vol. 28, n° 3, 1994, pp. 462-463.

¹⁴¹ KRISHNA, G., « Islam, minority status and citizenship : Muslim experience in India », *Archives européennes de sociologie*, XXVII, n° 2, 1986, p. 354.

donc associée à des craintes relatives à l'identité musulmane et à la peur d'une assimilation au groupe majoritaire, dans le cadre d'une société largement chrétienne. Les revendications dans le domaine du droit personnel correspondent donc aussi à des demandes politiques, à une volonté de reconnaissance.

2) Présentation de l'analyse.

Ce travail s'articule en deux grandes parties. La première s'intéresse aux tribunaux de Kadhi du point de vue institutionnel, dans la manière dont la juridiction a évolué au cours de l'histoire du Kenya et dont son statut constitutionnel est devenu un enjeu politique.

Sous la colonisation, le transfert du droit et des institutions juridiques européennes a représenté, certes, un processus d'acculturation, mais il n'a été en aucun cas linéaire, puisqu'il résultait d'interactions complexes entre les colonisateurs et les peuples autochtones¹⁴². De façon plus générale, les données historiques témoignent du paradoxe du colonisateur qui, tout en désirant l'unification législative, a reconnu la pluralité des statuts juridiques et concédé le maintien des juridictions de droit islamique. C'est pourquoi, dans un premier temps, cette thèse revient sur l'histoire des juridictions de droit islamique (Chapitre 1).

En raison de la relative ouverture démocratique dans les années 1990, les autorités kenyanes ont amorcé un processus de révision constitutionnelle, toujours en cours, et dans lequel la question des juridictions islamiques a pris une importance particulière. Les débats ont touché en particulier à l'extension éventuelle de leurs compétences aux questions commerciales ainsi qu'à leur statut constitutionnel, équivalant aux yeux de certaines Églises chrétiennes à favoriser l'islam au détriment des autres religions (Chapitre 2).

La seconde partie, ensuite, examine l'institution dans son fonctionnement concret, que ce soit dans la manière dont le magistrat de droit islamique l'organise et y travaille, ou dans la façon dont les justiciables y recourent et s'y comportent.

Dans un État non-islamique, l'un des défis posés par la reconnaissance de tribunaux spécifiques à une population particulière consiste à organiser un système de justice

¹⁴² MOMMSEN, W.J. et de MOOR, J.A., *European Expansion and Law. The Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford : Berg Publishers, 1992, p. 3.

fournissant à ces individus une arène spéciale où résoudre leurs différends, tout en respectant un certain nombre de principes organisationnels communs à l'ensemble des cours de justice. De façon concrète, la justice des Kadhis, telle que pratiquée au Kenya, se situerait à l'entrecroisement des institutions judiciaires de l'État, rationnelles et professionnelles, et des instances coutumières de justice qui opèrent sur un mode plutôt informel (Chapitre 3).

L'utilisation des tribunaux de Kadhi amène enfin à réfléchir aux stratégies des acteurs et aux modes d'accès à un ordre juridictionnel pluriel. Le choix d'un système juridique recoupe aussi des luttes politico-juridiques, puisqu'il représente une sélection entre différents systèmes normatifs. Lorsque les individus choisissent de se conformer à un système normatif, leur motivation peut tenir à un rejet conscient des autres modèles, notamment le système étatique, en raison de facteurs inhérents à ce système ou à son fonctionnement¹⁴³. Il est donc important de ne pas étudier seulement l'interaction entre les divers modèles juridiques, mais aussi l'utilisation que les gens font du droit et la manière dont s'opèrent leurs choix (Chapitre 4).

¹⁴³ BENDA-BECKMANN, F. von, « Symbiosis of Indigenous and Western Law in Africa and Asia : An Essay in Legal Pluralism », in MOMMSEN, W.J. et de MOOR, J.A., 1992, *op. cit.*, pp. 307-325.

PREMIERE PARTIE

UNE INSTITUTION ORIGINALE DU SYSTEME JURIDIQUE KENYAN

La justice, au Kenya, est organisée selon une hiérarchie assez simple, avec au sommet une Cour d'Appel, en-dessous une Haute Cour et, à l'échelle encore inférieure des *Magistrates' Courts*, organisées selon différentes classes¹⁴⁴. La justice ainsi structurée est accessible à tous les citoyens kenyans, sans distinction d'ethnie, de sexe ou de religion, en respect du principe de l'égalité de tous devant la loi. Malgré tout, dans un pays caractérisé par une grande diversité ethnique et religieuse, la loi applicable n'est pas toujours la même pour tous en ce qui concerne le droit de la famille et, dans ce domaine, les musulmans disposent d'institutions qui leur sont propres. En effet, à l'échelle des *Magistrates' Courts* figurent des juridictions s'adressant uniquement aux fidèles : les tribunaux de Kadhi. Certes, l'existence de cours de justice islamique n'est en rien unique au Kenya, toutefois, dans ce pays, leur présence recouvre un intérêt double pour le chercheur tenant, d'une part, à leur histoire et, d'autre part, à leur statut constitutionnel qui a fait l'objet de récents débats.

La côte kenyane ayant été sous domination des sultans arabes de Zanzibar, il n'est pas étonnant que, d'un point de vue historique, des tribunaux en charge d'appliquer le droit islamique aient existé dans cette partie de l'Afrique. Ce qui peut surprendre, en revanche, c'est que de telles institutions existent encore, dans un État aujourd'hui majoritairement chrétien. Or, dans l'islam, les prescriptions juridiques sont inséparables de la loi religieuse et toute remise en cause des institutions de droit islamique peut apparaître aux fidèles comme une attaque contre l'islam en tant que religion et en tant qu'entité culturelle. Le souci de protéger l'islam et l'intégrité de la foi peut, dans certains contextes, se manifester par un processus de résistance culturelle, soutenu par des règles élaborées pour gouverner les comportements individuels et des formes de pratique dévotionnelle tirées des codes du droit et de l'éducation islamique¹⁴⁵. C'est pourquoi, dans un contexte où les musulmans avaient été les dirigeants d'une partie de la population, le Gouvernement, au moment de l'indépendance, ne pouvait faire abstraction de la prise en compte de la population islamique dans ses politiques. Or, la proclamation de l'État post-colonial comme séculier et le statut subalterne des musulmans confèrent une tonalité politique et symbolique à cette question, en particulier lorsqu'est en jeu

¹⁴⁴ Pour une description exhaustive de l'organisation judiciaire au Kenya, voir JACKSON, T., *The Law of Kenya. An Introduction*, Nairobi, Dar-es-Salaam et Kampala : East African Literature Bureau, 1970, en particulier le Chapitre 3 : « The Structure and Jurisdiction of the Courts ».

¹⁴⁵ SHAIKH, F., *Community and Consensus in Islam. Muslim Representation in Colonial India, 1860-1947*, Cambridge : Cambridge University Press, 1989, pp. 228.

l'application de la loi coranique¹⁴⁶ et que la Constitution mentionne explicitement l'existence de juridictions particulières aux fidèles.

Le premier chapitre retrace les origines anciennes des juridictions kadhiales et les négociations politiques qui les ont concernées dans le cadre de la colonisation et au moment de l'indépendance. Le second chapitre examine les débats autour du statut constitutionnel de ces cours de justice dans les années 1990-2000.

¹⁴⁶ OTAYEK, R., 2000, *op. cit.*

CHAPITRE PREMIER

UN HERITAGE : LES FACTEURS HISTORIQUES ET POLITIQUES DE L'EXISTENCE DE JURIDICTIONS DE DROIT MUSULMAN AU KENYA

La plupart des études consacrées à l'histoire du droit en Afrique envisagent l'introduction de systèmes juridiques élaborés comme une conséquence de la colonisation européenne, alors que les modes de justice traditionnelle antérieurs sont souvent considérés comme informels et dépourvus de véritable organisation. Plusieurs analyses démontrent ainsi en quoi l'imposition du droit européen a apporté des changements considérables dans l'organisation des sociétés locales et dans leur rapport au droit, modifications qui se sont maintenues après la décolonisation¹⁴⁷. Certes, l'importation du droit d'inspiration européenne a indéniablement affecté les sociétés africaines et a, dans une large mesure, contribué à l'institutionnalisation et à la rationalisation des règles coutumières, devenues applicables dans le cadre d'une structure judiciaire stricte et hiérarchisée. Cependant, il serait faux d'imaginer que l'Afrique, avant l'arrivée des Européens, ne possédait pas de système de droit élaboré. Au contraire, dans les pays très tôt influencés par la culture musulmane, la justice était administrée dans un cadre organisé bien avant l'époque coloniale. Par exemple, au Kenya, alors que la population est aujourd'hui majoritairement chrétienne, le premier système juridique digne de ce nom a été introduit par les musulmans et reposait sur la loi islamique.

Tout au long de l'histoire de la Côte est-africaine, divers pouvoirs extérieurs se sont imposés. Les villes commerçantes de la région se sont retrouvées sous le contrôle de petits États de l'Arabie du Sud du 1^{er} au 15^{ème} siècle, sous hégémonie portugaise entre 1498 et 1729, puis sous le gouvernement du Sultan de Zanzibar, à partir du 18^{ème} siècle. La côte swahilie connut ensuite la « protection » allemande et britannique au 19^{ème} siècle, avant d'être divisée

¹⁴⁷ Sur l'Afrique, une étude très intéressante sur l'impact de l'expansion du droit européen est proposée dans MOMMSEN, W.J. et DE MOOR, J.A., 1992, *op. cit.*

entre le Kenya et la Tanzanie et placée sous domination de gouvernements africains locaux¹⁴⁸. Si ces différents pouvoirs se sont maintenus plus ou moins longtemps, tous ont laissé des apports variés à la région. Par exemple, le contact avec les populations musulmanes de la péninsule arabique a largement contribué à façonner la culture et la civilisation locales, qui possèdent aujourd'hui encore certains traits arabiques, que ce soit en termes vestimentaires, culinaires ou religieux. Du point de vue de la structure administrative et politique, l'influence la plus importante, avant l'arrivée des colons britanniques, s'est manifestée sous le Sultanat de Zanzibar, à travers l'instauration d'un Gouvernement dominé par des fonctionnaires arabes. Le pouvoir du Sultan a alors introduit un système de tribunaux, reprenant la structure judiciaire musulmane, et reposant sur différents types de juges, les *Liwalis*, les *Mudirs* et les *Kadhis*.

La juridiction des *Kadhis*, comme le souligne Émile Tyan dans son *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*, demeure historiquement mal connue¹⁴⁹. Pourtant, l'application de la justice par ces magistrats remonte bien aux origines de l'islam et constitue l'une des composantes d'un système judiciaire très ancien. En Afrique de l'Est, les populations musulmanes qui s'installèrent progressivement ont ainsi laissé un impact sur l'organisation de la justice. Cependant, dans cette partie du monde, l'introduction du droit européen a également eu des conséquences majeures et l'imposition de réglementations et de procédures légales d'inspiration occidentale a constitué un moyen d'étendre le contrôle impérial¹⁵⁰. Les pouvoirs coloniaux avaient cependant, dans le même temps, intérêt à maintenir le droit coutumier et les chefs locaux dans le cadre de leur administration. Dans les pays où vivaient d'importantes populations musulmanes, ils choisirent de conserver les modes islamiques d'exercice de la justice, ce qui justifia le maintien des tribunaux de *Kadhis* sous la colonisation. En effet, les institutions de droit musulman et, de façon plus spécifique, l'administration d'inspiration arabe en Afrique orientale, représentèrent un outil politique, utilisé pour gagner la confiance des populations musulmanes. Mais paradoxalement, l'époque coloniale a inauguré une diminution progressive de l'application du droit musulman, qui ne concernait plus, après l'indépendance, que le statut personnel. Petit à petit, les tribunaux de

¹⁴⁸ MIDDLETON, J., « The Towns of the Swahili Coast of East Africa », in AL-SHAHI, A., (dir.), *The Diversity of the Muslim Community. Anthropological Essays in Memory of Peter Lienhardt*, London : Ithaca Press, 1987, pp. 99-114.

¹⁴⁹ TYAN, É., *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*, Leiden : Brill, 1960, 673 pages.

¹⁵⁰ MOMMSEN, W.J., « Introduction », in MOMMSEN, W.J. et DE MOOR, J.A., 1992, *op. cit.*, p. 2.

Kadhis ont donc représenté un symbole puis un résidu de la domination arabe passée sur la côte orientale de l'Afrique.

Ce premier chapitre a pour ambition de rechercher les raisons de l'existence et du maintien, au Kenya, de ces juridictions appliquant un droit particulier. Ces motifs sont liés au rôle historique des musulmans dans la région et à leurs relations avec les différents pouvoirs en place. L'origine des tribunaux de droit musulman semble indissociable de l'histoire politique de la région côtière, où une forme de gouvernement islamique s'est imposée pendant plusieurs décennies. Or, la zone, qui inclut Mombasa, le principal port en Afrique de l'Est, représentait aussi un enjeu économiquement vital pour le Kenya, en particulier après l'indépendance et le choix de conserver de telles institutions comportait une dimension politique incontestable. Le maintien de tribunaux spécifiques aux musulmans pouvait, en effet, constituer un moyen de faciliter leur acceptation de toute nouvelle forme de gouvernement, tant qu'ils jouissaient de la possibilité d'appliquer les règles de droit spécifiques à leur religion. Aussi, par delà la simple description de l'évolution historique des juridictions kadhiales, ce chapitre tente également d'évaluer l'intérêt de leur existence pour les différents pouvoirs en place et les avantages qu'ils pouvaient en retirer. Dans le même temps, l'objectif est de comprendre en quoi ces institutions ont pu représenter un enjeu dans la relation du pouvoir aux populations musulmanes, essentiellement après la fin de la domination omanaise. Enfin, ce chapitre se propose d'analyser les mutations éventuelles de ces tribunaux en fonction des divers gouvernements et la façon dont, au gré des développements historiques et politiques, les juridictions kadhiales ont été peu à peu institutionnalisées, leur travail encadré et leur aire de compétence élargie de la région côtière à l'ensemble du pays. De façon générale, les tribunaux de Kadhi apparaissent donc symboliques de l'évolution de la relation des musulmans à l'État et ont pu, de façon indirecte, jouer un rôle pour faciliter une meilleure reconnaissance par les fidèles des diverses autorités en place. Plus descriptif, ce chapitre entreprend d'analyser les origines et les transformations d'une institution particulière pour l'administration de la justice au Kenya. Il cherche également à illustrer la dimension politique du droit, la reconnaissance de tribunaux spéciaux pour des populations particulières pouvant constituer l'un des éléments d'une stratégie spécifique à l'égard de certaines communautés ou un instrument de légitimation d'une autorité faible ou en formation. Le développement suit une ligne chronologique classique, étudiant le statut des tribunaux de Kadhi dans le contexte pré-colonial, puis sous la colonisation britannique et enfin après l'indépendance.

I- Les origines lointaines d'un système de justice musulmane au Kenya.

L'introduction de l'islam en Afrique a durablement marqué les sociétés traditionnelles et a influencé le développement de certaines cultures, à l'image de la civilisation swahilie en Afrique orientale, qui constitue l'un des exemples les plus aboutis de métissage culturel¹⁵¹. Les musulmans ont également joué un rôle important, dans certaines régions d'Afrique, contribuant au processus de construction étatique, au développement de réseaux commerciaux, ou au rayonnement de la littérature. À l'est du continent, les marchands de confession islamique ont ainsi été, avec les commerçants perses et indiens, à l'origine de la prospérité économique de la région entre le 16^{ème} siècle et la fin du 19^{ème} siècle. Si c'est essentiellement par l'étendue de leurs échanges à travers l'océan Indien que les musulmans d'origine arabe ont exercé leur influence, leur culture a aussi rayonné dans de nombreux autres domaines. Par exemple, leur langage a exercé une incidence capitale sur la formation du swahili, dont la plupart des termes religieux ou juridiques sont dérivés de l'arabe. Le mot « droit » lui-même, en swahili, se traduit par *Sheria* et découle directement de l'arabe *Shari'a*. La domination des Arabes a connu son apogée au 19^{ème} siècle, au moment où le Sultanat de Zanzibar est devenu un centre pour la vie religieuse et culturelle de toute la région. À cette époque, d'ailleurs, les musulmans côtiers, quelle que soit leur secte ou leur origine, considéraient les Arabes, le Sultan, ses tribunaux et les nouveaux oulémas de Zanzibar comme les éléments intrinsèques du prestige de l'islam¹⁵².

En ce qui concerne l'organisation du droit, l'influence de l'islam s'est pareillement révélée importante, puisque l'arrivée de cette religion s'est accompagnée, à compter du 16^{ème} siècle, de l'importation d'une structure basée sur les enseignements du Coran. Le système juridique islamique diffère fondamentalement des systèmes traditionnels africains en plusieurs points. En principe, la loi musulmane est administrée par une classe particulière de spécialistes, même si, en réalité, selon le degré d'institutionnalisation du gouvernement, la

¹⁵¹ Ici, la question, déjà largement étudiée, de la définition de la culture ou de la civilisation swahilie n'est pas abordée. Pour plus de détails, voir par exemple : PRINS, A.H.J., *The Swahili-Speaking Peoples of Zanzibar and the East African Coast (Arabs, Shirazi and Swahili)*, London : International African Institute, 1967 ; SALIM, A.I., *Swahili-Speaking Peoples of Kenya's Coast, 1895-1965*, Nairobi : East African Publishing House, 1973 ; MIDDLETON, J., *The World of the Swahili. An African Mercantile Civilization*, New Haven & London : Yale University Press, 1992.

¹⁵² Cette question est bien étudiée par POUWELS, R.L., 1987, *op. cit.*, p. 174. Par exemple, de manière symbolique, il explique comment le terme utilisé pour désigner la culture ou la civilisation, « *uungwana* », a été remplacé par le mot « *ustaarabu* », littéralement « d'apparence arabe ».

justice coranique s'exerce de manière plus ou moins formelle¹⁵³. Par exemple, dans les sociétés où, même si l'islam est dominant, il n'existe pas d'État confessionnel, en l'absence de corps spécifique de magistrats, les individus confrontés à des questions de droit se réfèrent généralement à un Imam local, à un enseignant coranique, ou à n'importe quel individu ayant une réputation pieuse. À l'opposé, l'établissement d'un système formel requiert une autorité gouvernementale plus structurée et accompagne la création d'institutions judiciaires distinctes, gouvernées par des règles strictes et administrées par les « Juges » musulmans classiques, les Kadhis. Au Kenya, l'institutionnalisation des juridictions de droit musulman s'est manifestée de manière très progressive, n'aboutissant qu'à la veille de la pénétration coloniale.

Si l'histoire du Sultanat de Zanzibar est bien documentée, en revanche, les informations relatives à l'organisation et à l'exercice de la justice à cette époque sont assez rares. Ceci tient pour partie au fait que, avant l'arrivée des colons, peu de données étaient conservées par écrit. Par exemple, l'habitude de garder des registres ou des dossiers manuscrits dans les tribunaux ne s'est généralisée qu'après l'installation des Britanniques. Toutefois, dans ses récits de voyage, Ibn Battuta mentionnait la présence d'un Kadhi à Mogadiscio dès le 14^{ème} siècle¹⁵⁴ et observait que les habitants de Mombasa « *suivent le rite chaféite, et sont dévots, chastes et vertueux* »¹⁵⁵. Néanmoins, l'école ibadite¹⁵⁶ y a aussi connu un certain succès, en raison de la domination politique des Omanais, même si, dans le domaine religieux, ces derniers sont restés assez repliés sur eux-mêmes, n'exerçant qu'une influence et un pouvoir progressifs sur la région.

¹⁵³ CHRISTELOW, A., « Islamic Law in Africa », in LEVTZION, N. et POUELS, R.L. (eds.), 2000, *op. cit.*, pp. 373-396.

¹⁵⁴ « Ibn Battuta : A Visit to Zeila, Mogadiscio, Mombasa, and Kilwa Kisiwani in 1331 », in FREEMAN-GRENVILLE, G.S.P., *The East African Coast. Select Documents from the first to the earlier nineteenth century*, Oxford : Clarendon Press, 1962, pp. 27-32.

¹⁵⁵ « *They follow the Shafi'i rite, and are devout, chaste, and virtuous* », *Ibid.*, p. 31. Le chaféisme constitue l'une des quatre écoles de pensée de l'islam Sunnite.

¹⁵⁶ Le nom Ibadisme viendrait de l'un des prétendus fondateurs de la secte, Abd Allah bin Ibad. La secte se serait formée au 7^{ème} siècle, à Basra, autour d'un homme vénéré, Abu Bilal. On trouve des Ibadites en Oman, en Afrique orientale, en Tripolitaine et en Algérie.

1) De la présence passive de migrants étrangers à l'instauration du Sultanat de Zanzibar : l'influence croissante des Omanais sur les structures politiques de la Côte orientale de l'Afrique.

L'histoire de la Côte orientale de l'Afrique est particulièrement riche et la région a connu des formes anciennes d'organisation politique. La structure sociale y était aussi variée, en raison de la coexistence de diverses populations, même si, peu à peu, un seul groupe, les Arabes, a exercé une hégémonie sur tous les autres.

Ce sont, en effet, ces migrants qui ont joué le rôle le plus important et le plus durable sur les évolutions politiques et institutionnelles de la région avant la colonisation. Ce sont eux qui établirent le Sultanat de Zanzibar, la forme la plus aboutie de Gouvernement avant la venue des Britanniques et dont l'apogée se situa au 19^{ème} siècle. Pourtant, avant même l'installation du Sultan d'Oman à Zanzibar, des formes d'autorité politique s'étaient développées, même si aucun exemple de pouvoir centralisé n'existait véritablement. Cet arrière-plan historique est ici exposé, afin de comprendre la manière dont les institutions de droit musulman ont été introduites dans cette partie du monde.

a. Les structures politiques antérieures à l'instauration du Sultanat de Zanzibar : l'influence diffuse et progressive des migrants musulmans.

Avant l'ère chrétienne, la Côte est-africaine aurait fait partie des terres marginales d'anciennes civilisations, telles que la civilisation égyptienne, mésopotamienne, perse, arabe et plus tard hellénique¹⁵⁷. Cependant, ce sont essentiellement les populations arabes, et dans une moindre mesure perses, qui ont durablement affecté la nature de la région. A.H.J Prins distingue quatre catégories de migrants arabes venus s'y installer¹⁵⁸. Un premier groupe se composait des colons arrivés avant la pénétration des Portugais. Dans certaines zones où ils étaient peu nombreux, ces Arabes s'unirent à d'autres populations, pour former de nouvelles tribus, comme les Mvita de Mombasa. Dans d'autres localités, à Lamu par exemple, ils perdirent leur identité propre pour n'être considérés que comme les '*Waungwana*', le « peuple noble ». Ensuite, arrivèrent des Arabes qui ne furent jamais 'swahilisés'. Il s'agissait essentiellement de petits commerçants et de migrants temporaires, connus sous le nom de

¹⁵⁷ PRINS, A.H.J., 1967, *op. cit.*, pp. 38-39.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 12-13.

Shihiri, du nom Shehr, leur province d'origine sur la côte de l'Hadramaout. Un troisième groupe se composait d'individus se réclamant et étant probablement à un certain degré arabes, mais qui n'étaient pas toujours reconnus comme tels. Les Bajunis font partie de cette catégorie. Enfin, le dernier ensemble comprenait les descendants d'Arabes venus d'Oman et du Golfe persique, qui s'étaient installés dans la région au moment de la montée en puissance du dominion omanais sur Zanzibar. En réalité, jusqu'à l'instauration du Sultanat de Zanzibar, l'arrivée de ces migrants n'eut que de faibles répercussions sur l'organisation politique locale : ces étrangers, venus sur une base individuelle, étaient de purs commerçants et s'étaient déplacés pour des raisons économiques et non pas politiques. Cependant, entre le 7^{ème} et le 13^{ème} siècle, certains colons originaires de Perse et d'Arabie établirent les premières cités-États islamiques indépendantes. Des peuples de Shiraz en Perse auraient ainsi fondé les « villes » de Kilwa, de Mombasa, de Pemba et d'Anjouan (Comores)¹⁵⁹. Plus tard, de manière progressive, quelques familles arabes exercèrent une domination quasi-politique sur les établissements côtiers et, à partir de 1660, les Omanais se posèrent en champions de la cause musulmane le long de la Côte est-africaine.

Ces derniers parvinrent facilement à s'imposer dans la région, dans la mesure où les villes swahilies, malgré leurs similitudes culturelles, étaient administrativement indépendantes les unes des autres et économiquement rivales. De plus, la tutelle des Portugais aux 15^{ème} et 16^{ème} siècles avait empêché qu'une cité particulière ne prenne l'ascendant sur les autres¹⁶⁰. Les Omanais partageaient en outre de nombreux points communs avec les populations locales : peuple de marins, ils avaient été en contact avec les Swahilis depuis des siècles et ces derniers ne considéraient pas les Omanais comme de dangereux envahisseurs. Leur pouvoir fut d'autant plus facilement accepté que leur autorité s'exerçait de manière relativement souple, se limitant pour l'essentiel à la collecte de taxes. Enfin, les Arabes d'Oman

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 40-41. Par exemple, Mombasa aurait été créée dans une section particulière de la vieille ville (*Old Town*), dirigée par une dynastie swahilie dont un des membres, peut-être le dernier, était une reine du nom de Mwana Mkisi. Cette dynastie prit fin vers 1500, au moment où elle fut remplacée par une nouvelle lignée, dont les origines étaient liées à un groupe aristocratique d'origine perse, les Shirazi. Un des dirigeants de cette dynastie, Shehe Mvita, donna son nom à la ville. Aujourd'hui, un quartier de Mombasa est toujours appelé Mvita.

¹⁶⁰ Les Portugais dominèrent l'Afrique de l'Est pendant environ deux siècles (15^{ème} et 16^{ème} siècle) et l'impact de leur colonisation s'est révélé inégal selon les régions. Néanmoins, à partir de 1509, à l'exception de Malindi qui jouissait du statut d'allié indépendant, toutes les colonies arabes de la Côte soit avaient accepté le statut de vassales des Portugais, soit n'avaient pas pu lutter contre l'occupation. Seules certaines villes comme Mombasa, Zanzibar et Lamu furent autorisées à maintenir leurs propres sultans et leurs propres formes de gouvernement local. À partir du début du 17^{ème} siècle, les Portugais furent supplantés par les Omanais, notamment après que ces derniers aient pris Fort Jésus, à Mombasa, en 1698. Sur l'histoire des Portugais en Afrique de l'Est, voir : STRANDES, J., *The Portuguese Period in East Africa*, Nairobi : East African Literature Bureau, 1961.

autorisèrent le maintien des leaders locaux, imposant juste une légère réduction de leurs fonctions, ce qui encore une fois leur permit de jouir d'une bonne image auprès des populations locales. Par exemple, à Zanzibar, où jusqu'au 19^{ème} siècle la plupart des Africains étaient des Hadimus, une organisation politique existait depuis au moins le 8^{ème} siècle. Les Hadimus possédaient leurs propres leaders traditionnels, connus sous le nom de *Mwenyi Mkuu* (littéralement le « souverain ») et qui parvinrent à exercer leur pouvoir jusqu'en 1865, année du décès du dernier membre de leur famille. La relation de ces leaders avec les migrants arabes était plutôt cordiale et d'ailleurs, après l'arrivée des Portugais au 16^{ème} siècle, les *Myenyi Mkuu* cherchèrent protection auprès des Omanais. Malgré tout, ces derniers n'en profitèrent pas pour imposer leur autorité : les Arabes continuèrent à commercer par l'intermédiaire d'agents locaux et, même s'ils contrôlaient Zanzibar, le pouvoir administratif était toujours aux mains des *Mwenyi Mkuu*¹⁶¹. La situation évolua légèrement à la fin du 17^{ème} siècle, lorsque Seif bin Sultan, originaire d'Oman, établit un « dominion » en Afrique de l'Est et introduisit une structure plus élaborée de gouvernement. Il désigna alors dans les principales villes sous sa domination des gouverneurs, appelés *Liwalis*, sélectionnant pour le poste les chefs de familles locales arabes prestigieuses, telles que les El-Hartis à Zanzibar, les Nabahani à Pate ou les Mazrui à Mombasa¹⁶².

Dans cette dernière ville pourtant, avant l'arrivée des Omanais, il existait déjà une organisation politique assez élaborée. De façon historique, la ville était habitée par douze tribus, réparties en deux confédérations : d'une part, les « neuf tribus » ou *Tisa Taifa*¹⁶³ et, d'autre part, les « trois tribus » ou *Thelatha Taifa*¹⁶⁴. Ces populations indigènes se retrouvèrent placées sous l'autorité de diverses dominations externes : les dynasties shirazi (avant 1600), les rois de Malindi (1600), les gouverneurs Mazrui (1800) et les gouverneurs des Sultans Busaidi de Zanzibar (19^{ème} siècle). Cependant, les différents pouvoirs extérieurs accordèrent toujours une certaine liberté aux populations locales. Les Omanais, établissant progressivement leur gouvernement sur la cité, considérèrent Mombasa comme leur base principale en Afrique de l'Est, après avoir pris la ville aux Portugais en 1698, puis

¹⁶¹ MALIYAMKONO, T.L. (ed.), *The Political Plight of Zanzibar*, Dar es Salaam : TEMA Publishers, 2000, pp. 20-21.

¹⁶² COUPLAND, R., *East Africa and its Invaders. From the Earliest Times to the Death of Seyyid Said in 1856*, Oxford : Clarendon Press, 1956 (1^{ère} édition en 1938), 584 pages, p. 217.

¹⁶³ Ces neuf tribus sont : Wamvita, Wajomvu, Wamtwapa, Wakilifi, Wapate, Wapaza, Washaka, Wagunya et Wakatwa.

¹⁶⁴ Wakilindini, Watangana et Wachangamwe.

définitivement en 1727¹⁶⁵. Cependant, la famille Mazrui, également originaire d'Oman, estimait dans le même temps jouir d'un monopole sur Mombasa. Après 1730, cette famille contrôla la ville pendant plus de cent ans et dix gouverneurs Mazrui s'y succédèrent. Ceux-ci firent de Mombasa une principauté distincte, bien qu'en théorie ils agissaient comme représentants du Sultan¹⁶⁶. Ils prirent également le contrôle de l'archipel de Lamu et des îles de Pate et de Pemba (nord de Zanzibar). Tout comme les Omanais « légitimes », ils basèrent leur pouvoir sur l'utilisation des structures existantes de leadership, autorisant les dirigeants locaux à garder leurs fonctions, même s'ils placèrent également leurs propres gouverneurs, désignés sous le terme de *Wali*, dans toutes les villes qu'ils contrôlaient¹⁶⁷. Ainsi, à Mombasa, les différentes tribus indigènes constituaient l'unité de base du gouvernement¹⁶⁸. Chacune d'entre elles était dirigée par un cheikh (*shaha* ou *sheha* en swahili) et chaque confédération avait ensuite à sa tête un chef, appelé *Tamin*. Les cheikhs et les *Tamin* agissaient toujours en consultation avec les anciens (*Wazee*)¹⁶⁹. Au sud de Mombasa, le littoral entre la ville et Kilwa, demeura libre de gouverneurs omanais tout au long du 18^{ème} siècle. Dans cette région, les villages étaient administrés par des leaders appelés diversement selon les localités : *jumbe*, *diwani* ou *shomwi*. Ils étaient assistés par des officiers subordonnés, aux appellations également variables¹⁷⁰. Au Nord, les villes possédaient leurs propres dirigeants et il n'y existait même pas d'officier désigné par les autorités d'Oman¹⁷¹. Cependant, peu à peu, sous la dynastie des princes Busaidi, le pouvoir des Omanais se propagea et, symboliquement, en

¹⁶⁵ Après que les Portugais aient repris le contrôle de Mombasa, les Omanais leur reprirent de nouveau définitivement la cité en 1727.

¹⁶⁶ À Oman, au milieu du 18^{ème} siècle, après que Ahmad bin Said ait détrôné la dynastie des Yaroubi et accédé au pouvoir, la famille des Busaidi assumait le pouvoir. Mais à Mombasa, le seul endroit où la domination des Yaroubi avait été effective, le changement de dynastie ne fut pas reconnu. Les Mazrui prirent prétexte de ce changement de pouvoir pour dénoncer leur allégeance à Oman et le gouverneur Mazrui établi à Mombasa par les Yaroubi, Mahomed bin Othman, se déclara cheikh indépendant. En représailles, Ahmed bin Said le fit assassiner. Toutefois son frère, Ali bin Othman, parvint à reprendre Fort-Jésus et régna comme Cheikh à la place de son frère défunt, permettant à Mombasa de conserver son indépendance. À l'origine, les Mazrui étaient une tribu originaire d'Oman, qui migra vers l'Afrique de l'Est et domina Mombasa pendant plus d'un siècle, jusqu'en 1837. Sur l'histoire des Mazrui, voir en particulier : MAZRUI, *The History of the Mazru'i Dynasty of Mombasa*, Oxford : Oxford University Press, 1995, 182 pages.

¹⁶⁷ NICHOLLS, C.S., *The Swahili Coast, Politics, Diplomacy and Trade on the East African Littoral, 1798-1856*, London : George Allen & Unwin Ltd, 1971, p. 59.

¹⁶⁸ Le système politique de Mombasa n'excluait cependant pas totalement les peuples non swahilis de l'intérieur (Digo, Duruma, Rabai, Giriama, Kauma, Chonyi, Gibana, Kambe et Ribe). Ces tribus de pasteurs et d'agriculteurs, aujourd'hui connues sous le nom de Mijikenda, étaient désignées par le terme *Nyika* par les habitants de Mombasa. Les relations entre les peuples *Nyika* et les Swahilis de Mombasa étaient basées sur le patronage : divers groupes swahilis étaient « patrons » de différents groupes *Nyika*. Les Swahilis autorisèrent les *Nyika* à participer aux affaires politiques de la ville, les invitant par exemple à donner leur consentement à la nomination des gouverneurs. Cf. *Ibid.*, pp. 55-57.

¹⁶⁹ PRINS, A.H.J., 1967, *op. cit.*, p. 102.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 38-40.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 45.

1837, Mombasa tomba sous leur domination¹⁷². Ceci marqua le début de l'hégémonie sans partage exercée par les Busaidi tout au long du 19^{ème} siècle et qui s'organisa tout d'abord depuis leur capitale à Oman.

b. Les principes d'organisation politique à Oman et leur impact sur l'administration de la Côte orientale de l'Afrique.

À ses origines, Oman était un pays peuplé de tribus arabes très tôt converties à l'islam (684-692). Ces populations adhèrent en masse à la secte puritaine dissidente de l'Ibadisme, qui essaima en Oman et en Afrique du Nord. L'Ibadisme est un mouvement Khârijite¹⁷³, qui s'était détaché du courant principal de l'Islam au 8^{ème} siècle, en opposition au Califat. Selon les principes de cette tendance religieuse, le chef de la communauté, l'Imam, était désigné par l'accord des croyants. Le chef de l'État était donc élu par les membres de la communauté selon un principe démocratique et l'unité politique tenait à l'allégeance commune à l'Imam. Dès le 8^{ème} siècle, il existait vraisemblablement une administration provinciale, à la tête de laquelle l'Imam nommait un gouverneur¹⁷⁴. Sous l'Imamat des Yaroubi, à partir de 1624, Oman acquit une hégémonie économique et marchande sur l'ensemble de la côte de l'océan Indien. Après la conquête perse d'Ormouz, les Omanais n'avaient, en effet, pour adversaires que les garnisons portugaises de Mascate et les villes maritimes avoisinantes. Dès que les Sultans parvinrent à prendre ces garnisons, en 1650, le pays d'Oman s'éleva rapidement pour devenir un pouvoir maritime redoutable dans l'ouest de l'océan Indien. En 1653, ses troupes intervinrent pour aider les rois de Pemba, de Zanzibar et d'Ottondo, dans une rébellion, qui fut néanmoins réprimée par les Portugais. De nouveau, en 1696-1698, à l'appel de Lamu, les Omanais intervinrent pour conquérir Mombasa, assistés par des soldats de Pate. Principale force dans la région, dès 1700, Oman occupait Fasa, avait conquis Mombasa et s'était allié l'archipel de Lamu. Avant 1709 également, plusieurs villes à Zanzibar, Pemba et Kilwa étaient occupées par des garnisons omanaises et, malgré un léger intervalle portugais vers 1728, Oman dominait la zone sans partage dès 1730.

¹⁷² *Ibid.*, p. 48.

¹⁷³ La secte Khârijite est une des plus anciennes sectes religieuses de l'Islam (657). Elle est constituée d'un grand nombre de sous-sectes indépendantes. Ses membres sont en particulier partisans de la désignation du chef de la communauté, appelé Imam, par l'accord des croyants.

¹⁷⁴ LE COUR GRANDMAISON, C., « L'héritage arabe, XVIII^e et XIX^e siècle », in LE COUR GRANDMAISON C. et CROZON, A. (dir.), *Zanzibar aujourd'hui*, Paris : Karthala & Nairobi : IFRA, 1998, p. 37.

La cohésion politique demeurait cependant limitée, dans la mesure où tous les habitants n'étaient pas ibadites. De plus, la succession des Imams, en théorie élective, tendit à devenir dynastique, alors que la stabilité politique se trouva ébranlée au début du 18^{ème} siècle, au moment où une querelle de succession provoqua une guerre civile. Le conflit divisa Oman en deux factions rivales, les Hinawi et les Ghafiri, jusqu'à ce que Ahmad bin Said, du clan des Busaidi, ne devienne Imam en 1743. Ce dernier parvint à réunifier le pays et à maintenir son autorité pendant environ quarante ans. À compter de cette date, les Busaidi évincèrent les Yaroubi et confisquèrent le pouvoir, en instaurant la transmission héréditaire de la souveraineté. Les principes des Imams ibadites dans leur administration de l'État et des provinces d'Oman furent appliqués à leurs possessions africaines, ce qui impliquait un faible contrôle politique sur ces territoires. Cependant, les choses changèrent petit à petit après l'arrivée des Busaidi. Sous leur dynastie, Zanzibar supplanta Mombasa comme le lieu de gouvernement dès 1800¹⁷⁵ et une administration plus effective fut mise en place dans les territoires qu'ils contrôlaient. Pourtant, la souveraineté directe à Zanzibar se limitait aux sujets omanais, alors que les peuples indigènes, Hadimu et Tumbatu, étaient toujours dirigés par leurs propres chefs qui, même s'ils avaient conclu des traités avec le Sultan, ne lui avaient pas cédé leur pouvoir¹⁷⁶. Concernant l'application du droit, avant le transfert de la capitale du Sultanat à Zanzibar, l'administration de la justice s'opérait essentiellement sur un mode informel et aléatoire dans la majorité des centres côtiers. En général, des oulémas locaux ou d'autres individus un tant soit peu éduqués en droit et en théologie agissaient en tant que conseillers, alors que les dirigeants locaux se réservaient le droit de jugement effectif¹⁷⁷.

La situation demeura comme telle jusqu'au 19^{ème} siècle, puis un changement radical se produisit au moment où Sayyid Said, alors Sultan d'Oman, transféra sa capitale de Mascate à Zanzibar. La politique de Sayyid Said en Afrique de l'est était totalement différente de celle de ses prédécesseurs. Lors de son départ pour Zanzibar, il était accompagné par d'autres Omanais qu'il encouragea à s'installer dans l'île. Il estimait, en effet, nécessaire de s'entourer de loyalistes qui l'aideraient en cas d'attaque de la population indigène ou de ses ennemis à Oman. Il chercha donc à faire des colons l'ayant suivi les piliers de l'économie, à travers le développement de la culture des girofliers. En outre, ces Arabes vinrent à Zanzibar avec la

¹⁷⁵ NICHOLLS, C.S., 1971, *op.cit.*, p. 25.

¹⁷⁶ PRINS, A.H.J., 1967, *op. cit.*, p. 48.

¹⁷⁷ POUWELS, R.L., 2000, *op. cit.*, p. 262.

volonté de devenir les maîtres de la population locale¹⁷⁸. Lors de son arrivée dans l'île, Saïd bin Sultan rencontra le chef des Hadimus, Ahmad bin Hassan al Alawi, qui était également le *Mwenyi Mkuu*. Ce dernier accepta de fournir à Saïd bin Sultan une taxe qu'il collectait sur ses sujets¹⁷⁹ et de la force de travail, en échange de quoi le Sultan le laissa libre d'administrer son peuple selon le système établi¹⁸⁰. Mais, au cours du 19^{ème} siècle, le pouvoir des *Mwenyi Mkuu* diminua progressivement, alors que celui du Sultan augmentait graduellement.

2) L'instauration du Sultanat de Zanzibar ou l'unification administrative et judiciaire de la Côte orientale de l'Afrique.

L'établissement du Sultanat de Zanzibar modifia profondément les structures de gouvernement de la région. Même si les principes d'exercice du pouvoir politique demeuraient souples et si l'autorité s'exerçait, dans un premier temps, de façon plutôt diffuse, le Sultanat unifia, pour la première fois dans l'histoire de la région, les différentes villes côtières, désormais placées sous une seule domination.

Contrairement à ses prédécesseurs, Sayyid Saïd, qui n'était pas Imam et ne chercha jamais à être reconnu comme tel, ne faisait pas figure de chef de l'establishment religieux. Au contraire, il laissa le traitement des questions religieuses à la classe des lettrés musulmans, les oulémas. En revanche, il entreprit une certaine modernisation de l'administration de ses territoires, ce qui se manifesta, en particulier, par une volonté de rationaliser l'exercice de la justice. C'est à cette époque que débuta l'institutionnalisation des tribunaux de Kadhi.

a. La domination administrative omanaise à l'époque du Sultanat de Zanzibar.

En 1806, alors seulement âgé de 16 ans, Sayyid Saïd assassina son cousin Bedr et devint le Sultan de Mascate. Bien qu'arabe, il n'aimait pas la vie de la capitale omanaise, caractérisée par les intrigues de la cour au sein de la famille royale. En 1827, il se rendit pour la première fois en Afrique orientale pour demander la capitulation des Mazrui, qui s'étaient proclamés indépendants au milieu du 18^{ème} siècle et avaient pris le contrôle de Mombasa. Peu

¹⁷⁸ MLAHAGWA, J.R. et TEMU, A.J., « The Decline of the Landlords, 1873-1963 », in SHERIFF, A. et FERGUSON, E. (eds.), *Zanzibar Under Colonial Rule*, pp. 145-146.

¹⁷⁹ Le *Mwenyi Mkuu* collectait une taxe de 2\$ par famille et les reversait au Sultan sous forme d'un tribut annuel d'environ 10,000\$, retenant 2,000\$ pour son propre compte. COUPLAND, R., *op. cit.*, p. 320.

¹⁸⁰ BENNETT, N.N., *A History of the Arab State of Zanzibar*, London : Methuen and Co. Ltd., 1978, pp. 38-39.

de temps après, en 1828, il entreprit un voyage à Zanzibar. Impressionné par ce qu'il découvrit, il commença à encourager des Omanais à venir s'installer en Afrique de l'Est, dans un premier temps pour faire du commerce d'ivoire, de corne de rhinocéros et d'esclaves. Parmi ces nouveaux commerçants, certains formèrent une population de migrants permanents, en s'installant dans la région pour combiner le commerce et l'agriculture. Finalement, les perspectives d'expansion du commerce et les prospections dans le développement d'une économie de plantation décidèrent le Sultan Sayyid Said à transférer sa capitale de Mascate à Zanzibar en 1840¹⁸¹. Zanzibar, ainsi transformé en colonie arabe, devint le centre d'un large empire omanais en Afrique de l'Est, s'étendant de Wanga à Kipini. Toutefois, le choix de déplacer la capitale du Sultanat à Zanzibar provoqua des conflits au sein de la famille Busaidi elle-même et, à la mort de Sayyid Said en 1856, une guerre de succession éclata, opposant des factions à Mascate, dont certaines refusèrent de reconnaître le successeur de Sayyid Said à Zanzibar comme leur Sultan. En avril 1861, Lord Canning, le Gouverneur Général de l'Inde, proposa une solution qui impliquait la division des possessions de Sayyid Said entre ses deux fils. Après cet arbitrage, connu sous le nom du « *Lord Canning Award* », Seyyid Thuwainy devint le Sultan de Mascate et d'Oman, alors que Seyyid Majid fut désigné Sultan de Zanzibar¹⁸². Dans le même temps, Seyyid Majid proclama l'indépendance de Zanzibar, ce qu'une déclaration commune de la Grande-Bretagne, de la France et de l'Allemagne confirma en 1862. À compter de cette date, les pouvoirs du Sultan de Zanzibar se limitèrent strictement à la partie orientale de l'Afrique.

De façon concrète, après l'établissement de la capitale du Sultanat à Zanzibar, une organisation politique et économique quadrillant tous les territoires se mit en place. Cette administration se composait de responsables politiques, les *Liwalis*, de postes de droit de douane et de garnisons à la disposition du gouverneur. Ainsi, dans chacune des villes sous son autorité, Sayyid Said installa un Gouverneur et parfois un cheikh local ou l'un de ses hommes originaire de Zanzibar ou de Mascate. L'organisation politique des îles de Pemba et de Zanzibar était légèrement différente de celle du reste des territoires. Les deux îles étaient découpées en unités administratives appelées *Mudiria*, chacune placée sous l'autorité d'un *Mudir*. Chaque *Mudiria* se divisait ensuite en *Shehias*, à la tête desquelles étaient désignés des *Masheha*, des dirigeants nommés par le gouvernement. En tout, il existait douze *Mudirs*, soit

¹⁸¹ MALIYAMKONO, T.L. (ed.), 2000, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸² Colony and Protectorate of Kenya, *Sessional Paper No. 9 of 1961, The Kenya Coastal Strip, Report of the Commissioner*, London : Her Majesty's Stationery Office, 1961, p. 3.

cinq à Pemba, cinq dans l'île de Zanzibar et deux dans la ville de Zanzibar, ainsi que cinquante-quatre *Shehias* à Pemba et trente-quatre à Zanzibar. Sur la côte kenyane, où l'autorité du Sultan ne s'exerçait pas de manière aussi directe, celui-ci était représenté par le *Liwali wa pwani*. Ce dernier avait sous son autorité d'autres *Liwalis*, en poste à Lamu, Takaungu, Malindi et Vanga, titulaires de pouvoirs similaires à ceux du *Liwali wa pwani* en matière d'administration. Les *Liwalis* locaux pouvaient également être représentés par des *Mudirs* dans plusieurs villages importants, mais il n'existait pas de *Mudiria*. Par exemple, à Lamu, des *Mudirs* étaient en poste à Kiunga, Faza et Witu, où leurs fonctions s'assimilaient plus ou moins à celles des *Masheha*, c'est-à-dire qu'ils agissaient comme représentants du gouvernement dans leur aire de juridiction¹⁸³.

Il paraît cependant difficile d'évaluer l'impact du Gouvernement du Sultan Sayyid Said au-delà de Zanzibar. Après la chute de Mombasa, son autorité ne se voyait contestée dans aucune de ses colonies arabes. Mais c'est seulement à Mombasa et dans les petits ports du sud que le pouvoir du sultan s'exerçait de façon aussi réelle qu'à Zanzibar¹⁸⁴. En revanche, au nord de Mombasa, son emprise semblait plus faible, même si à Pate et à Lamu il avait établi son contrôle dès avant la chute des Mazrui. Son pouvoir sur Mogadiscio demeurait quasi inexistant : la ville dépendait plutôt de l'autorité des Somalis que des Arabes et le Sultan n'y avait d'ailleurs pas de gouverneur¹⁸⁵. Ainsi, le type de contrôle établi par les Omanais apparaissait vague et patriarcal. Sayyid Said résidait à Zanzibar, où l'autorité des Omanais s'exerçait le plus fermement et où il présidait une petite élite arabe. Dans les autres villes et villages de la Côte, les méthodes swahilies traditionnelles de gouvernement demeurèrent, avec seulement la surimposition de gouverneurs omanais, de garnisons baluchis et d'officiers coutumiers indiens. D'un point de vue social, la population de l'île se révélait très variée, mais avec au sommet une élite arabe : la classe politique ainsi que les fonctionnaires et les dignitaires du régime étaient tous arabes. Dès 1856, Zanzibar devint la capitale administrative et commerciale des Omanais sur la Côte est-africaine. L'un des facteurs les plus importants de l'unification des villes côtières dès l'instauration du Sultanat de Zanzibar fut aussi l'introduction d'un système judiciaire intégré. Le droit, reposant sur les règles islamiques, constitua ainsi l'un des éléments de définition de la société côtière¹⁸⁶.

¹⁸³ PRINS, A.H.J., 1967, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸⁴ COUPLAND, R., 1956, *op. cit.*, p. 331.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 336.

¹⁸⁶ MIDDLETON, J., 1992, *op. cit.*, p. 51.

b. L'administration de la justice et l'influence musulmane sur l'organisation d'un système judiciaire primitif.

Les informations relatives à l'administration de la justice avant l'arrivée de Sayyid Said paraissent quasi inexistantes. Il est simplement admis que la loi s'inspirait du Coran et qu'il existait un, voire plusieurs, Kadhi pour exercer la justice civile et criminelle¹⁸⁷. Sur la Côte au sud de Mombasa, les différends étaient tranchés par le leader traditionnel (*Jumbe*, *Diwani* ou *Shomwi*), qui représentait la plus haute autorité hiérarchique. Après avoir auditionné les parties en conflit, celui-ci prononçait un jugement, en se basant sur des traditions, qui étaient, à l'époque, en partie islamiques et en partie coutumières¹⁸⁸. À Zanzibar, avant l'installation permanente de Sayyid Said, une sorte de cour de justice siégeait quotidiennement à l'entrée du fort de la ville, où Khalid, le frère du Sultan, le Gouverneur Suleiman ibn Hamad et trois Kadhis administraient la justice¹⁸⁹. Cette pratique prit fin lorsque Sayyid Said établit sa résidence à Zanzibar et entreprit de réformer le système judiciaire, estimant que le maintien de l'ordre et d'un bon gouvernement nécessitaient d'abord la mise en place d'une justice efficace et impartiale¹⁹⁰. Peu à peu, une organisation judiciaire primitive fut donc introduite. Sous le gouvernement des Busaidi, le Sultanat était par conséquent administré par un modèle de fonctionnariat basé sur les traditions islamiques et comprenant, en plus des *Liwalis* et des *Mudirs*, un certain nombre de Kadhis. Les titulaires de ces fonctions étaient payés par le Sultan qui, même dans les zones les plus reculées, choisissait seul les Kadhis, directement, ou parfois sur le conseil de lettrés musulmans, des anciens locaux (appelés *Wazee*) ou du *Liwali*. Dans l'île de Zanzibar, il existait un nombre assez important de Kadhis, issus des écoles de pensée chaféite ou ibadite. Dans ses efforts de réforme de la justice, le Sultan chercha à nommer des hommes jouissant d'une réelle habileté aux postes juridiques et, par exemple, son principal Kadhi sunnite, Sheikh Muhuiddin bin Sheikh al-Khatani, était un auteur prolifique sur le droit de son école de pensée¹⁹¹. Dans d'autres villes, comme Lamu et Mombasa, seuls deux Kadhis étaient en poste, un pour chaque école de pensée. Dans ces deux villes, les juges de droit musulman étaient originaires de familles localement réputées et prestigieuses, les Maawi à Lamu et les Mazrui à Mombasa¹⁹². Enfin,

¹⁸⁷ GRAY, Sir J., *History of Zanzibar From the Middle Ages to 1856*, London : Oxford University Press, 1962, pp. 144-145.

¹⁸⁸ NICHOLLS, C.S., 1971, *op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 277-278.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 145.

¹⁹¹ GRAY, Sir J., 1962, *op. cit.*, p. 145.

¹⁹² POWELS, R.L., 1987, *op.cit.*, p. 151.

d'autres Kadhis étaient nommés dans les principales villes côtières telles que Bagamoyo, Malindi et Kilwa.

Généralement, ces Kadhis avaient la charge de juger les affaires civiles. Dans un premier temps, ils écoutaient les parties en conflit, puis rendaient un verdict immédiat. Les différends étaient tranchés selon l'interprétation de l'école de pensée propre à chaque juge et les Kadhis pouvaient imposer divers types de sanctions, telles que coups de fouet, amende, enchaînement, emprisonnement, ou confiscation. En revanche, les mutilations étaient très rares¹⁹³. Pour exercer leur travail, les magistrats musulmans ne disposaient pas de tribunal à proprement parler. En 1855, Hamerton, le premier consul britannique à Zanzibar, expliquait par exemple que « *Rien qui ne ressemble à un tribunal ou à une cour de justice n'existe dans les territoires de l'Imam* »¹⁹⁴. Les Kadhis siégeaient donc à leur propre domicile ou dans la rue. Ainsi, l'exercice de la justice pouvait paraître soit extrêmement fermé, lorsque les affaires se tenaient au domicile du juge, soit trop ouvert, lorsque le « tribunal » se situait à l'extérieur. De plus, la rémunération des Kadhis variait fortement, ce qui contribuait à leur réputation de vénalité et de manque d'impartialité. Rigby, en poste à Zanzibar de 1858 à 1861, rapportait ainsi :

« Les Kadhis sont des individus sans caractère, ils ne sont pas du tout respectés par la population, et il paraît que la corruption est très courante. J'ai moi-même découvert que le Kadhi avait fermé les yeux sur une grave affaire de falsification, et la révélation puis la condamnation de ce cas n'ont soulevé aucun étonnement »¹⁹⁵

Au-dessus des Kadhis, l'autorité judiciaire suprême appartenait au Sultan lui-même, en charge des appels et des affaires criminelles sérieuses, alors que son frère Khalid ou le Gouverneur se chargeaient des litiges criminels les moins graves. En l'absence du Sultan, les appels pouvaient être transférés au *Liwali*, qui siégeait alors avec un certain nombre de Kadhis ou d'autres personnalités familières du droit comme assesseurs¹⁹⁶. En plus de sa fonction d'appel, le Sultan représentait la seule autorité à créer le droit, même si, dans les faits, il n'existe qu'un seul document, daté de 1845, reconnu comme décret émanant de la main de Sayyid Said. Ce texte imposait aux Kadhis, dans leurs jugements, de suivre le droit de l'école

¹⁹³ NICHOLLS, C.S., 1971, *op. cit.*, pp. 277-278.

¹⁹⁴ « *Nothing like a court house or a court of justice exists in the Imam's territories* ». Propos cités dans COUPLAND, R., 1956, *op. cit.*, p. 325.

¹⁹⁵ « *The Kathis are persons of no character, are not at all respected by the people, and bribery is said to be very common. I have myself detected the Kathi in conniving at a most impudent case of forgery, and the exposure and denunciation of it excited no surprise* ». Citation donnée par GRAY, Sir J., 1962, *op. cit.*, p. 146.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 145.

de pensée à laquelle ils appartenaient¹⁹⁷ et reconnaissait implicitement un droit d'appel, disposant :

« En ce qui concerne les *qadhis*, si l'un d'entre eux se trompe dans sa décision au regard de son école de pensée, l'affaire devra être soumise à ceux qui possèdent une meilleure connaissance. Chaque école suit ses propres doctrines – ceci est la pratique depuis les temps anciens »¹⁹⁸

En tant qu'autorité suprême dans ses territoires, le Sultan pouvait en outre juger les litiges des non-musulmans qui n'étaient pas placés sous juridiction consulaire. Enfin, il jouissait seul du pouvoir de prononcer la peine de mort, chose à laquelle il paraissait néanmoins très peu enclin¹⁹⁹. Toute la bande de l'actuelle côte kenyane se voyait ainsi administrée par le Sultan mais, que ce soit pour les affaires civiles ou criminelles, aucun dossier écrit n'était conservé et le Coran constituait alors le seul code de droit.

Au-delà des limites de la ville de Zanzibar, l'application du droit relevait du *Mwenyi Mkuu* et de ses subordonnés ou des colons arabes. Le *Liwali wa Pwani* exerçait les pouvoirs administratifs sur la côte du Kenya et s'occupait en particulier de l'arbitrage des différends, pour les Arabes et les Africains musulmans. L'administration judiciaire du Sultanat était en outre relativement souple : les Arabes n'interféraient pas avec les autorités locales et les Swahilis demeuraient libres de suivre leurs croyances religieuses, de prier dans leurs propres mosquées et de se présenter devant leur propre Kadhi²⁰⁰. Ainsi, lorsqu'il parvint à expulser les Mazrui de Mombasa, Sayyid Said ne changea pas son habitude de laisser la gestion de leurs propres affaires aux autochtones, même s'il exerçait une certaine influence sur le choix des Kadhis respectifs pour les Trois Tribus et les Neuf Tribus. Par exemple, en 1836, il conclut un accord avec le chef des douze tribus, au sujet de l'exercice de la justice, stipulant que :

« ...à chaque fois qu'un différend est soulevé entre les membres de sa communauté [du leader swahili], un tel différend devrait être réglé entre eux... C'est à eux de faire pression sur leur propre peuple et le *Liwali* ne rendra pas de jugement sur des questions internes »²⁰¹

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 147.

¹⁹⁸ « *With reference to qadhis, if one errs in his decision according to his school of law, the matter should be referred to those possessing better knowledge. Each school is to follow its own doctrines – this has been the practice since old times* ». NICHOLLS, C.S., 1971, *op. cit.*, pp. 277-278.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 277-278.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 283.

²⁰¹ « *whenever a difference arises amongst members of his [the swahili leader's] community, such a difference shall be dealt with between themselves... It is upon them to bring pressure to their own folk and the liwali will not enforce judgment on internal matters* », *Ibid.*, p. 309.

De même, après la prise de contrôle de Mombasa, alors que les Mazrui restés dans la ville avaient perdu leur position dominante, le Sultan les autorisa à conserver leur propre cheikh et leur propre Kadhi.

Cette rationalisation du rendu de la justice fut cependant mise à mal après le décès de Sayyid Said. Sous le règne de son fils, Seyyid Majid (1856-1870), l'administration se dégrada rapidement et la corruption devint rampante chez les Kadhis, même pour les affaires criminelles ou les appels, qui étaient jugés par le Sultan en personne²⁰². Le décès de Sayyid Said entraîna également des modifications sensibles dans la position des Sultans. Tous ses successeurs manifestèrent, en effet, un intérêt à exercer un plus grand contrôle sur la religion et le droit, en particulier à l'époque de Barghash bin Said (1870-1888). Il existait alors à la fois des Kadhis ibadites, secte de la majorité des colons omanais, et des Kadhis sunnites chaféites, école de pensée des musulmans asiatiques et africains. Toutefois, l'islam ibadite apparaissait marginal depuis le 18^{ème} siècle, époque à laquelle avait débuté la domination religieuse du rite sunnite orthodoxe chaféite, originaire de la région sudarabique de l'Hadramaout. Ce processus se poursuivit jusqu'au 19^{ème} siècle, en dépit de l'ascension politique des Omanais ibadites. Malgré son association à la classe dominante, l'ibadisme était, en effet, peu influent sur le plan idéologique. Oman étant traditionnellement dirigé par des princes marchands, ce rite ne se caractérisait pas par le militantisme prosélyte des premiers siècles de l'islam et, en Afrique orientale, un certain nombre de clans omanais ibadites, à l'instar des Mazrui de Mombasa, adhérèrent même peu à peu au sunnisme. En raison de ces conversions, les Ibadites ne demeurèrent qu'une petite secte et l'école chaféite, représentée par un Kadhi pendant toute la dynastie des Busaidi, domina la région.

En Afrique de l'Est, les Arabes, les Perses, les Shirazis, les Swahilis et les Asiatiques musulmans développèrent également un sens profond de supériorité par rapport aux Africains non musulmans²⁰³. L'islam était identifié à la supériorité arabe et ce sentiment s'accrut sous la colonisation, lorsque les Britanniques accordèrent un statut privilégié aux musulmans au sein de la nouvelle administration.

²⁰² COUPLAND, R., *The Exploitation of East Africa, 1856-1890*, London : Faber & Faber, 1968, p. 62.

²⁰³ AZUMAH, J.A., *The Legacy of Arab-Islam in Africa. A Quest for Inter-religious Dialogue*. Oxford : Oneworld Publications, 2001, 264 pages.

II- Les tribunaux de Kadhi sous la colonisation britannique : une institution révélatrice de la politique des colons à l'égard des musulmans.

À partir du milieu du 18^{ème} siècle, le droit fut considéré comme un agent de changement, participant au projet colonial d'expansion de la civilisation : les transformations juridiques s'avéraient nécessaires au progrès social et à la propagation de la culture²⁰⁴. Dans des situations où prévalait une multitude de lois coutumières indigènes, l'un des principaux soucis de l'administration britannique était de créer un système juridique unifié et rationalisé. Toutefois, la politique coloniale insista à la fois sur l'influence civilisatrice et pacificatrice de l'intégration du modèle d'exercice de la justice, mais également sur le désir de maintenir et de travailler autant que possible par l'intermédiaire des institutions traditionnelles²⁰⁵. C'est pourquoi des législations particulières en matière de statut personnel furent souvent conservées et l'administration du droit caractérisée par le dualisme, opposant deux systèmes de justice, un pour les Africains et un pour les non Africains.

Martin Chanock, dans une étude consacrée au Malawi et à la Zambie, démontre en quoi le droit représenta l'un des outils majeurs du colonialisme, un instrument d'imposition de son pouvoir par un État étranger et un élément du processus de coercition²⁰⁶. Dans son travail, qui porte sur les lois coutumières, il expose en quoi le pouvoir judiciaire constitua un élément vital du processus de domination, à travers l'intégration des institutions de droit indigènes à l'administration coloniale. Il explique que d'après Lord Lugard, qui théorisa le principe du gouvernement indirect (*indirect rule*), l'objectif de la création de tribunaux indigènes (*native courts*) était de transférer le pouvoir judiciaire des chefs de famille ou des conseils d'anciens à des tribunaux reconnus, officiels et ayant un domaine de juridiction plus vaste, ce qui faciliterait l'acceptation du pouvoir étranger par les populations locales²⁰⁷. De façon générale,

²⁰⁴ FISCH, J., « Law as a Means and as an End: Some Remarks on the Function of European and Non-European Law in the Process of European Expansion », in MOMMSEN, W.J. et DE MOOR, J.A., 1992, *op. cit.*, p. 34.

²⁰⁵ GHAI, J.P. et Mc AUSLAN, J.P.W.B., *Public Law and Political Change in Kenya. A Study of the Legal Framework of Government from Colonial Times to the Present*, London and Nairobi : Oxford University Press, 1970, p. 125.

²⁰⁶ CHANOCK, M., 1985, *op. cit.*, pp. 4-5.

²⁰⁷ Lord Lugard fut en poste en Afrique orientale entre 1889 et 1892, au sein de l'*Imperial British East African Company* (IBEAC). Il fut nommé Haut Commissaire pour le Protectorat britannique sur le Nord Nigeria en 1899 et Gouverneur du Nigeria en 1912. Il exposa sa théorie du gouvernement indirect (*indirect rule*) dans son ouvrage *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, London : Franck Cass, 1965 (5^{ème} édition). Dans ce livre, il mettait en avant les justifications et les méthodes à utiliser par les Britanniques pour la colonisation de l'Afrique. D'après lui, les Africains étaient très différents des Européens, ce pourquoi il se montrait très favorable à l'utilisation des lois indigènes dans les colonies africaines. Selon sa théorie, l'emploi des indigènes au sein de l'administration coloniale permettrait d'éviter les révoltes parce que, d'après lui, les peuples d'Afrique

sous la colonisation, les Britanniques développèrent donc l'idée de laisser vivre les populations selon les règles qu'elles avaient toujours eues, aussi longtemps que cela ne remettait pas en cause les droits et les privilèges de la communauté blanche²⁰⁸. Dans le même temps, le principe de reconnaissance des droits indigènes comportait un grand avantage, en ce qu'il autorisait la préservation des inégalités juridiques entre Européens et autochtones²⁰⁹. En effet, il permit le maintien de disparités importantes, voire l'introduction de nouvelles différenciations, telles que des punitions spéciales, des régimes fonciers particuliers, ou des systèmes de taxes séparés pour les Africains. Dans les régions où la majorité de la population était de confession musulmane, les Britanniques eurent à l'égard de la loi coranique une attitude assez semblable à celle qu'ils avaient développée vis-à-vis des règles coutumières et des tribunaux de Kadhi furent maintenus dans la plupart des colonies britanniques²¹⁰. Dans ces États, et dans les zones à prédominance musulmane, la justice était administrée en première instance par des juridictions de droit coranique, alors que dans les zones où les musulmans étaient minoritaires, c'était la loi coutumière qui était appliquée, avec toutefois la possibilité de se référer aux normes islamiques lorsque les musulmans en auraient été affectés²¹¹. Au Nigeria, par exemple, il existait des tribunaux de Kadhi dans tout le Califat de Sokoto. C'est ce système que trouvèrent les Britanniques à leur arrivée dans le pays et Lord Lugard, lorsqu'il devint Gouverneur du protectorat du Nord-Nigeria, mena une politique très pragmatique envers ces institutions, ayant conscience que toute tentative d'ingérence dans la religion des populations et d'atteinte au système de la charia aurait pu provoquer un soulèvement religieux. C'est pourquoi, il signa un traité avec les émirs du Nord, par lequel il acceptait de ne pas s'immiscer dans les affaires de religion, en échange de quoi les émirs s'engageaient à interdire l'esclavage, l'amputation des mains des voleurs, la lapidation pour motif d'adultère et la loi du talion²¹².

À l'autre bout de l'Afrique, le long de l'océan Indien, le système juridique introduit sous la colonisation reposait en premier lieu sur divers codes en vigueur en Inde, localement promulgués comme lois. Lorsque ces textes ne s'appliquaient pas, la structure juridique

seraient plus enclins à suivre les ordres de quelqu'un leur ressemblant et partageant leur langage et leurs coutumes.

²⁰⁸ MOMMSEN, W.J., 1992, *op. cit.*, p. 10.

²⁰⁹ FISCH, J., 1992, *op. cit.*, p. 29.

²¹⁰ Le cas le plus évident est celui du Nigeria, étudié notamment dans DOI, A.R.I., *Étude sur la situation du droit islamique au Nigeria*, Talence : CEAN, Travaux et Documents, No. 17, 1988, 59 pages. Mais en Afrique, de telles institutions furent aussi maintenues au Ghana et en Ouganda.

²¹¹ ANDERSON, J.N.D., 1970, *op.cit.*, 409 pages.

²¹² DOI, A.R.I., 1988, *op. cit.*, p. 16.

relevait du droit commun, des doctrines de l'équité et des lois d'application générale en vigueur en Angleterre au 12 août 1897. En plus de cela, les colons autorisèrent la référence à des lois coutumières et religieuses, à certaines personnes et sous certaines conditions²¹³. C'est sur cette base qu'ils reconnurent le droit coranique. Cependant, l'attitude des Britanniques à l'égard du droit coutumier et du droit islamique différait largement, en ce que le second fut accepté comme « droit » à part entière, alors que les pratiques traditionnelles étaient souvent stigmatisées comme superstitieuses²¹⁴. L'impact des politiques coloniales fut donc plus important sur l'intégrité des lois coutumières, même si elles affectèrent le droit musulman, qui se trouva de plus en plus institutionnalisé et encadré. L'attitude des colons britanniques à l'égard des institutions de droit coranique se révéla assez ambivalente. S'ils souhaitaient une unification de l'appareil juridique dans leur entreprise de « civilisation », dans le même temps, ils avaient conscience des dangers de remettre en cause les tribunaux de Kadhis. De plus, leur reconnaissance s'inscrivait avant tout dans le cadre d'une politique générale d'accommodation des institutions et du droit préexistants et, paradoxalement, l'institutionnalisation des formes de justice « traditionnelle » empêcha le développement des tribunaux de Kadhis comme des institutions musulmanes indépendantes²¹⁵. Il s'agit donc ici de comprendre sur quelle base légale le droit coranique s'appliquait et comment les juges islamiques traditionnels furent peu à peu intégrés à l'appareil administratif colonial²¹⁶. Sous le Gouvernement britannique, le maintien des tribunaux de Kadhi se concevait comme un moyen d'assurer l'acceptation du pouvoir par les musulmans et comme un outil pour administrer certaines populations par l'intermédiaire de l'élite locale, selon la politique de gouvernement indirect. Alors que, dans un premier temps, les colonisateurs acceptèrent le maintien des institutions de droit coranique dans la région côtière où elles existaient de longue date, ils reconnurent aussi petit à petit la nécessité d'établir, sinon des tribunaux, du moins des juges musulmans, dans le reste des territoires placés sous leur autorité.

²¹³ COTRAN, E., « Kenya », in ALLOTT, A.N., (ed.), *Judicial and Legal Systems in Africa*, London : Butterworths, 1970, p. 132.

²¹⁴ BROWN, B.B., 1993, *op. cit.*, pp. 94-101.

²¹⁵ MWAKIMAKO, H., « Muslim encounters with the colonial state: The making of 'Qadis and not quite Qadis in colonial Nairobi, ca. 1945 », *Journal for Islamic Studies (Special Issue: Engagements with the Colonial State)*, Vol. 22, 2002, pp. 35-65.

²¹⁶ Sous la colonisation, en dehors des magistrats de droit islamique, la plupart des officiers judiciaires étaient européens. D'après l'*East African Order in Council* de 1897, les juges devaient être membres du barreau en Angleterre, en Irlande ou en Écosse, depuis au moins trois ans. Les postes étaient donc occupés par des magistrats européens, souvent parmi les moins compétents dans leurs pays respectifs. Githu MUIGAI, « The Judiciary in Kenya and the Search for a Philosophy of Law : The Case of Constitutional Adjudication », in Kivutha KIBWANA (ed.), *Law and the Administration of Justice in Kenya*, Nairobi : International Commission of Jurists, Kenya Section, 1992, p. 98.

1) Le maintien des institutions de droit musulman, respect de la culture islamique ou politique d'accommodation des élites arabes ?

Dans un article où il étudie l'attitude des colonisateurs britanniques à l'égard des officiers musulmans dans le Protectorat d'Afrique de l'Est, Tim Carmichael s'appuie sur l'analyse d'Antonio Gramsci, qui envisage le droit et l'éducation comme des outils utilisés par l'état pour la diffusion de ses idéologies²¹⁷. Dans ses *Carnets de Prison*, ce dernier expliquait, en effet, que « *Si chaque État cherche à créer et à maintenir un certain type de civilisation et de citoyen... et à éliminer certaines coutumes et attitudes et à en disséminer d'autres, alors le droit sera son instrument à cette fin (avec le système scolaire, et d'autres institutions et activités)* »²¹⁸. S'inspirant de cette analyse, Tim Carmichael se demande en quoi, au Kenya, l'État colonial émergent se servit du droit pour consolider son pouvoir. En ce qui concerne la loi musulmane, il affirme que « *l'intérêt apparent des Britanniques pour la continuité de l'islam et des institutions islamiques au Kenya reposait simplement sur une approche pragmatique pour administrer une large région aux ressources rares. Lorsque le contrôle britannique était faible, ils encouragèrent l'islam, gouvernant à travers lui et parfois manipulant ses structures administratives. Lorsqu'ils étaient dans une position plus forte, indépendants des associations musulmanes, ils négligèrent l'islam* »²¹⁹. Cette analyse illustre parfaitement comment les Britanniques dirigèrent leurs possessions selon la théorie du gouvernement indirect, d'après laquelle la gestion des colonies serait facilitée par le recours partiel aux élites et aux institutions indigènes. Cependant, en Afrique de l'Est, la position envers l'islam variait en fonction des officiers coloniaux, ce pourquoi les éléments d'une politique claire envers les élites musulmanes se dégagent difficilement. Certes, une majorité de ces fonctionnaires témoignaient d'une attitude plus respectueuse et plus tolérante envers les musulmans qu'envers le reste des Africains. Mais dans le même temps, les Britanniques ne se révélaient pas toujours très familiers des coutumes locales ou intéressés par le

²¹⁷ CARMICHAEL, T., « British 'Practice' Towards Islam in The East Africa Protectorate : Muslim Officials, Waqf Administration and Secular Education in Mombasa and Environs, 1895-1920 », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, Vol. 17, n° 2, 1997, pp. 293-309.

²¹⁸ « *If every State tends to create and maintain a certain type of civilization and of citizen... and to eliminate certain customs and attitudes and to disseminate others then the Law will be its instrument for this purpose (together with the school system, and other institutions and activities)* ». HOARE, Q. et NOWELL SMITH, G., *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*, New-York : International Publishers, 1971. Citation p. 246.

²¹⁹ « *...their apparent interest in the continuity of Islam and Islamic institutions in Kenya was really just a practical approach to administering a large region with scarce resources. When British control was weak, they encouraged Islam, ruling through and sometimes manipulating its administrative structures. When they were in a stronger position, independent of Muslim associations, they neglected Islam* ». CARMICHAEL, T., 1997, *op. cit.*, p. 295.

fonctionnement des institutions traditionnelles d'administration de la justice. Randall L. Pouwels rapporte, par exemple, comment leur méconnaissance de la coutume de dons aux *Wazee* (Anciens) et aux oulémas en l'échange de la justice rendue conduisit un officier colonial à accuser de corruption le Kadhi Sheikh Suleiman bin Ali Mazrui, dans une affaire survenue à Mombasa en 1896²²⁰. Analysant cet incident, il explique qu'une « *combinaison d'incompréhension culturelle et de condescendance reposait derrière les changements judiciaires introduits à Zanzibar et au Kenya après 1891* »²²¹.

Sur la Côte, alors que les populations musulmanes souhaitaient la préservation de leur propre système juridique, les Britanniques se disaient liés par le droit anglais, ce qui conduisit à des pressions conflictuelles sur les autorités coloniales et à une « ségrégation » des systèmes juridiques, de façon à ce que s'appliquent des lois différentes aux diverses « races »²²². Dans le même temps, l'existence ancienne d'un modèle de droit islamique dans la région suffit à expliquer la politique pragmatique des Britanniques qui, réalisant la nécessité d'une coopération avec les musulmans, cherchèrent à minimiser les tensions entre leur gouvernement et le Sultan de Zanzibar, en garantissant la protection des institutions et de la justice coranique. Néanmoins, l'attitude des colonisateurs envers les élites musulmanes résultait aussi d'une politique inspirée des principes de hiérarchie raciale, faisant une large place aux Arabes, considérés comme supérieurs, au sein de l'administration.

a. Les accords entre les Britanniques et le Sultan sur l'administration de la Côte : un maintien de souveraineté symbolique, assorti de la garantie d'une préservation des institutions de droit musulman.

Entre la création du Protectorat britannique en Afrique de l'Est en 1895 et l'indépendance du pays en 1963, l'administration effective de la région qui constitue l'actuel Kenya se retrouva entre les mains des colons britanniques. Pourtant, en théorie, une partie de ce territoire, située le long de la Côte de l'océan Indien, demeurait sous l'autorité du Sultan de Zanzibar. Le pouvoir colonial britannique s'imposa à partir de la fin du 19^{ème} siècle, lorsque la zone devint le terrain d'une intense compétition entre les diverses puissances européennes,

²²⁰ À la suite de cette affaire, le Kadhi fut condamné à trois mois d'emprisonnement. POUELS, R.L., 1987, *op. cit.*, p. 174.

²²¹ « ...a combination of cultural misunderstanding and patronization lay behind the changes introduced into Zanzibar and Kenya after 1891 ». *Ibid.*, p. 174.

²²² GHAI, Y.P. et Mc AUSLAN, J.P.W.B., 1970, *op. cit.*, pp. 125-126.

attisant en particulier les intérêts divergents des Britanniques et des Allemands. À l'époque, l'Allemagne faisait de rapides progrès en Afrique orientale, gagnant des territoires grâce à la signature d'accords avec divers chefs locaux. Aussi, pour préserver son influence, la Grande-Bretagne proposa à ce pays et à la France d'établir une commission chargée de déterminer les dominions du Sultan de Zanzibar et de délimiter les zones d'influence respectives des puissances européennes. Cette dernière se réunit en 1886, mais sans que le Sultan, dont les territoires étaient pourtant le sujet principal du débat, ne soit représenté. À l'issue de ses travaux, la Commission décida que les possessions du Sultan incluaient uniquement les îles de Zanzibar, de Pemba, de Mafia et de Lamu, ainsi qu'une bande de 10 miles marins à l'intérieur, s'étendant de Tungi Bay sur la frontière du Mozambique, à Kipini, et certaines villes en Somalie. Pour renforcer leur position dans la région, les Britanniques s'appuyèrent sur la *British East African Association*, créée par William Mackinnon en 1887 et à laquelle, la même année, le Sultan Barghash concéda l'administration de ses possessions sur la Côte kenyane pour une durée de cinquante ans. En septembre 1888, par une charte royale d'incorporation, la *British East African Association* se transforma en *Imperial British East African Company* (IBEAC). De façon pratique, les accords signés avec l'Association furent simplement transférés à la Compagnie, mais la concession sur la gestion des territoires du Sultan, initialement limitée à cinquante années, fut étendue à perpétuité en 1891. Celle-ci ne concernait que les terres du Sultan, néanmoins, l'aire opérationnelle de la Compagnie s'étendait à l'ensemble de la sphère d'influence britannique. L'IBEAC pouvait alors désigner des Commissaires pour administrer les districts, promulguer des lois, établir et faire fonctionner des tribunaux. Concernant le rendu de la justice, lorsqu'ils pénétrèrent en Afrique de l'Est, les colonisateurs reproduisirent le système de droit codifié des Indes britanniques²²³. Cependant, dans la région côtière, la Compagnie permit certains aménagements, tels que le maintien des tribunaux de droit islamique, et accepta que tous les juges « *devraient être nommés par l'Association, ou ses Représentants, sous réserve de l'approbation du Sultan, mais [que] tous les 'Kadhis' devraient être désignés par Son Altesse* »²²⁴. En théorie, malgré la prise de contrôle de l'administration par les Britanniques, le Sultan conservait donc une certaine autorité.

²²³ ALLOTT, A., « The Development of the East African Legal Systems during the Colonial Period », in LOW, D.A. et SMITH, A. (eds.), *History of East Africa*, Vol. III, Oxford : Clarendon Press, 1976, pp. 350-354.

²²⁴ « *The judges shall be appointed by the Association, or their Representatives, subject to the Sultan's approval, but all 'Kathis' shall be nominated by His Highness* », HERTSLET, Sir E., K.C.B., *The Map of Africa by Treaty (Second and Revised Edition)*, Vol. 1, *Abyssinia to Great Britain (Colonies)*, London : Printed for Her Majesty's Stationery Office by Harrison and Sons, 1896, p. 113.

En 1895, l'IBEAC fut liquidée et abandonna sa charte au Gouvernement britannique qui, le 1^{er} juillet, proclama la création du *British East Africa Protectorate*, par l'unification du Kenya et de l'Ouganda. L'établissement du Protectorat marqua le début de l'administration directe des Britanniques dans la zone²²⁵ et l'une de ses conséquences concrètes fut l'introduction du « *Rule of Law* » (le droit anglais) en Afrique de l'Est²²⁶. Dans ce cadre, la Côte devint une province, appelée *Coastal Strip* (Bande Côtière) ou *Seyyidieh* (dérivé du nom Seyyid). D'après Martin Chanock un Protectorat peut se définir comme « *un territoire sur lequel la règle britannique a été étendue à défaut d'existence de tout gouvernement régulier organisé, pour répondre aux besoins élémentaires de la société humaine* »²²⁷. Toutefois, dans les territoires du Sultan, il existait une autorité permanente, antérieurement à l'arrivée des colons, c'est pourquoi la zone bénéficia d'un statut particulier : l'accord signé entre les Britanniques et le Sultan pour transformer les territoires gérés par la Compagnie en *British East Africa Protectorate* reconnut encore une fois l'application de la loi islamique et l'existence des officiers musulmans traditionnels (*Liwalis*, *Mudirs* et *Kadhis*). Ces derniers, toujours officiellement désignés par le Sultan, continuèrent à exercer leurs fonctions judiciaires et administratives, passant simplement du statut d'agents du Sultan à celui d'employés de l'autorité britannique et se voyant désormais placés sous la tutelle d'officiers européens, les *District Officers*.

Ainsi, pour gérer au mieux les terres concédées par le Sultan, les Britanniques choisirent de gouverner à travers les structures préexistantes, qui bénéficiaient du respect et de la confiance de la population et, tout au long de leur présence dans la région, ils se montrèrent très respectueux envers le Sultan, ses sujets et ses institutions. Ceci tenait largement à la personnalité du Consul Général de Zanzibar et Représentant de sa Majesté en Afrique orientale britannique, Sir Arthur H. Hardinge, qui arriva en poste à Zanzibar en 1894 et y demeura jusqu'en 1900. Avant d'être nommé en Afrique orientale, Hardinge avait travaillé dans plusieurs villes musulmanes, comme Istanbul ou Le Caire et connaissait donc bien la culture et le système juridique islamiques²²⁸. Admiratif et respectueux de la communauté et de la culture arabes, Hardinge exprima même des opinions assez souples envers l'esclavage,

²²⁵ Au départ, le Protectorat consistait en trois souverainetés : le Sultanat de Witu, les possessions du Sultan de Zanzibar (la bande côtière) et les territoires à charte de l'IBEAC.

²²⁶ GHAI, Y.P. et Mc AUSLAN, J.P.W.B., *op. cit.*, 1970, p. 34.

²²⁷ « ... a territory to which British rule had been extended in default of any regularly organized government, to supply the elementary needs of human society ». CHANOCK, M., « *The Law Market: The Legal Encounter in British East and Central Africa* », in MOMMSEN, W.J. et DE MOOR, J.A., 1992, *op. cit.*, p. 71.

²²⁸ SALIM, A.I., 1973, *op. cit.*, p. 75.

considérant les demandes des abolitionnistes comme trop extrêmes et suggérant plutôt son élimination progressive²²⁹. De même, lors du transfert des pouvoirs du Sultan à l'administration britannique, il témoigna d'une grande considération pour les institutions traditionnelles du Sultanat. Le 1^{er} juillet 1895, lors de la *baraza* (réunion publique) tenue à Mombasa pour annoncer la création du *British East Africa Protectorate*, il se montra extrêmement diplomate pour amener la population musulmane à accepter ce changement. Lisant son discours en arabe, Hardinge déclara à cette occasion :

« Et, en respect de ce que le Wazir du Sultan vous a dit au sujet de la religion, vous avez l'assurance qu'elle sera protégée et respectée par la nouvelle Administration, et que toutes les mosquées et fêtes religieuses, ainsi que les Kadhis et les oulémas recevront tous les honneurs de notre part. La religion de Mohammed demeurera le credo public et établi dans les territoires du Sultan, et toutes les affaires et tous les procès entre indigènes continueront à être décidés selon la 'Charia' »²³⁰

Cependant, dans les faits, le Sultan agissait comme un agent des Britanniques. Le genre de relations qui s'établit entre ces derniers et le Sultanat omanais était, en effet, typique du mode d'arrangement qui avait été conclu précédemment en Inde. Dans ce pays, après avoir établi leur contrôle politique, les Britanniques, qui représentaient les vrais titulaires du pouvoir, se contentèrent de donner l'illusion que les leaders traditionnels indiens étaient les dirigeants. De même, en Afrique de l'Est, la souveraineté qu'ils concédèrent au Sultan était plus symbolique que réelle et, dans la pratique, ce dernier n'était même pas consulté au sujet de l'administration quotidienne de la *Coastal Strip*. En outre, si les *Liwalis*, les *Mudirs* et les Kadhis étaient théoriquement des officiers du Sultanat, leur nomination se faisait sans que le Sultan ne soit sollicité²³¹. L'accord signé entre la Grande-Bretagne et Zanzibar en 1895 ne comportait d'ailleurs aucune clause relative aux règles de nomination des Kadhis²³² et, même si des garanties sur l'application du droit musulman avaient été accordées, les pouvoirs réels furent transférés à l'administration coloniale, qui seule décidait de la nomination, de la rémunération et du contrôle des officiers administratifs et judiciaires. L'influence des Britanniques devint telle qu'ils l'utilisèrent même pour intervenir dans la succession des

²²⁹ BENNETT, N.N., 1978, *op. cit.*, pp. 179-180.

²³⁰ « And with respect to what the Wazir of the Sultan has told you about religion, let it be known to you that it will be protected and respected by the new Administration, and that all mosques and religious festivals, and Cadis and Ulema will receive all honour at our hands. The Mahommedan religion will remain the public and established creed in the Sultan's territory, and all cases and lawsuits between natives will continue to be decided according to the 'Sheria' ». HERTSLET, Sir E., K.C.B., 1896, *op. cit.*, pp. 1070-1071.

²³¹ Colony and Protectorate of Kenya, *Sessional Paper No. 9 of 1961, The Kenya Coastal Strip, Report of the Commissioner*, London : Her Majesty's Stationery Office, 1961, p. 11.

²³² ANDERSON, J.N.D., 1970, *op. cit.*, p. 82.

Sultans. Ainsi, après le décès du Sultan Hamid le 25 août 1896, un jeune prince de la maison royale, Sayyid Khalid, fils de Barghash, tenta de prendre le pouvoir, alors que, dans le même temps, les Britanniques imposèrent Hamoud bin Mohammed²³³. Ce dernier apparaissait sans doute plus docile au pouvoir protecteur²³⁴, même si, d'après le consul des États-Unis, R. Dorsey Mohun, Khalid était considéré comme l'héritier légitime par le peuple de Zanzibar. L'emprise britannique se manifesta encore très concrètement dans le domaine de la législation, les colonisateurs abolissant les principales formes d'esclavage à Zanzibar dès 1897, puis au Tanganyika et au Kenya en 1907. L'aristocratie arabe en fut sévèrement touchée, l'esclavage ayant représenté un aspect traditionnel de sa culture pendant des siècles.

Sur le plan administratif et pour des questions pratiques, après l'accord de 1895, la bande côtière demeura intégrée au reste des territoires sous domination britannique et fut incluse dans la zone de la *Coast Province*, sous l'autorité d'un *Provincial Commissioner* et de *District Commissioners*, désignés pour les districts de Lamu, Tana River, Malindi, Kilifi, Mombasa et Kwale²³⁵. Mais en parallèle, il existait toujours un cadre spécial d'officiers, consistant en quatre *Liwalis*, dix *Mudirs* et un nombre variable de Kadhis²³⁶, tous placés sous l'autorité du *Liwali* pour la Côte. Après la proclamation du Protectorat britannique, le Sultan conservait une relative autonomie pour les affaires internes, le rôle des Anglais étant au départ théoriquement limité aux relations avec l'étranger. Ainsi, jusqu'en 1913, le *Foreign Office* pensait gouverner les îles sous le couvert du Sultan et des institutions préexistantes, même si en réalité les Britanniques tendaient à assurer tout le contrôle de l'appareil d'État. À partir de 1913, deux changements importants modifièrent l'administration de la région. Cette même année, Zanzibar fut placé sous la gestion du Ministère des Colonies²³⁷, puis, en 1920, le Protectorat devint une colonie, à l'exception de la Bande Côtière de dix miles marins, qui

²³³ Immédiatement après la mort de Sultan Hamid, Khalid prit le commandement des forces du Sultan, puis se déclara Sultan. Il en informa le Consul des États-Unis qui, tout en reconnaissant réception de la lettre, déclara ne pouvoir lui répondre, son accession au pouvoir n'ayant pas été annoncée par Sa Majesté. Les Britanniques envoyèrent un ultimatum au « Sultan » et, devant la volonté de ce dernier de ne pas céder, ils bombardèrent le Palace, lors de ce qui est considéré comme la plus courte guerre au monde (45 minutes). Khalid se réfugia auprès du Consulat d'Allemagne, où lui fut accordé l'asile politique. Environ 500 Arabes et Africains fidèles à Khalid furent tués lors de la bataille. Après sa retraite auprès du Consulat d'Allemagne, Khalid s'enfuit à Dar es Salaam. Capturé par les forces britanniques en 1917 et exilé aux Seychelles puis à St Hélène, il fut autorisé à retourner en Afrique de l'est, où il mourut à Mombasa en 1927. D'après MARTIN, E.B., *Zanzibar, Tradition and Revolution*, London : Hamish Hamilton, 1978, pp. 41-42.

²³⁴ Lettre de R. Dorsey Mohun, consul des États-Unis à Zanzibar à l'*Assistant Secretary of State*, Washington D.C., 8 septembre 1896 ; document du consul des États-Unis, Zanzibar, citée in MARTIN, E.B., *Ibid.*, p. 40.

²³⁵ Colony and Protectorate of Kenya, *Sessional Paper No. 9 of 1961, The Kenya Coastal Strip, Report of the Commissioner*, London : Her Majesty's Stationery Office, 1961, p. 10.

²³⁶ *Ibid.*, p. 10.

²³⁷ Avant 1913, Zanzibar dépendait du Ministère des Affaires Étrangères.

demeura gérée au nom du Sultan. Dans les faits, la distinction n'était que théorique et aucune constitution séparée ne fut établie pour le Protectorat de Zanzibar : le Gouverneur, les conseils exécutifs ou législatifs et les tribunaux étaient les mêmes pour les deux entités²³⁸. Cependant, la distinction entre la bande côtière et le reste du pays créait une situation administrative complexe, dans la mesure où seuls les musulmans du Protectorat bénéficiaient de l'existence de tribunaux de Kadhis. Ainsi, dans les anciens territoires du Sultan, où les juridictions de droit coranique étaient une institution reconnue et à laquelle les musulmans étaient particulièrement attachés, les Britanniques avaient bien conscience qu'ils ne pouvaient faire abstraction de la loi islamique.

La plupart des fonctionnaires coloniaux témoignaient d'ailleurs d'une attitude bienveillante à l'égard des Kadhis, dont ils appréciaient l'utilité. Ainsi, R.W. Hamilton, le *Chief Justice*, émit à plusieurs reprises des opinions très favorables au droit islamique, comme en 1914, lorsqu'il expliquait qu'un musulman avait « ...le droit de contracter des mariages polygames avec des femmes musulmanes, et [que] les veuves d'un tel homme, à la mort de celui-ci, auront droit, selon la loi musulmane, à leurs parts respectives de ses biens, ainsi qu'à la garde de leurs enfants, jusqu'à leur majorité »²³⁹. D'après cette déclaration, R.W. Hamilton reconnaissait les principes élémentaires de la loi coranique et ne basait donc pas son opinion sur de simples allégations. De même, en ce qui concerne le mariage des anciens esclaves, en 1911, dans une affaire concernant un dénommé Hamisi, il expliquait que ce dernier devrait recevoir l'accord de son ancien maître avant de contracter une union maritale, car cela était requis par le droit coranique. D'ailleurs, en pratique et malgré l'abolition du statut d'esclave par une ordonnance de 1907, un Kadhi avait confessé à Hamilton que les esclaves demandaient toujours l'autorisation de leur maître pour se marier, même lorsqu'ils avaient payé une compensation en échange de leur liberté²⁴⁰. Quelques années plus tard, J. W. Barth, un des successeurs de Hamilton au poste de *Chief Justice* témoignait de la même compréhension, lorsqu'il expliquait que « [le Kadhi] est en fait un officier nécessaire à une

²³⁸ GHAI, Y.P. et Mc AUSLAN, J.P.W.B., 1970, *op. cit.*, pp. 35-78.

²³⁹ « A Mohamedan therefore is legally entitled to contract polygamous marriages with Mohamedan women, and the widows of such a man at his death would be entitled by Mohamedan law to their respective shares in his estate, and also to the custody of their children until they come of age ». Lettre adressée au District Commissioner de Kitui, 15/05/1914. KNA, AP/1/895, *Native Mohammedans Marriage and Inheritance*, 1914.

²⁴⁰ Lettre de R. W. Hamilton, 18/01/1911. KNA, AP/1/687, *High Court of the East Africa Protectorate*, 1911.

*population musulmane et son utilité ne peut pas être jugée par le nombre de cas qu'il juge (...) »*²⁴¹.

Pourtant, les Kadhis et les autres officiers musulmans n'étaient pas toujours considérés d'une manière aussi positive et dans un exemplaire du *Daily Standard*, publié le 1^{er} octobre 1928, un lecteur se plaignait de l'existence des postes de *Liwalis*, *Mudirs* et Kadhis :

« Monsieur, Vous vous souviendrez qu'en 1922 un mouvement était en préparation pour réduire le nombre des fonctionnaires gouvernementaux, dont le service, s'il était diminué, constituerait une économie. Le Comité fit du mieux qu'il le put, mais je souhaiterais rappeler à l'esprit du Gouvernement et de vos lecteurs qu'il existe actuellement des fonctionnaires gouvernementaux qui sont en service depuis plus de 20 ans, mais qui sont aussi surpayés. Il s'agit des *Mudirs*, Kadhis et bien sûr *Liwalis*. Ces trois postes représentent un pur gaspillage des deniers publics et ils devraient être remplacés par les jeunes clerks zélés qui sont maintenant sur le point de rejoindre la fonction publique gouvernementale (...) »²⁴²

Paradoxalement, ce lecteur semblait surtout condamner l'âge avancé des officiers de droit musulman, plus que l'exercice de leur juridiction sur une partie limitée de la population. Pourtant, à l'époque coloniale, le choix des titulaires de ces postes par les Britanniques témoignait également de leur conception raciale du pouvoir, puisqu'ils accordèrent, au sein de l'administration, une place prépondérante aux Arabes par rapport aux Africains.

b. Les institutions de droit musulman : un élément révélateur du statut préférentiel accordé aux Arabes au sein de l'administration coloniale.

Sous la colonisation, les postes de *Mudirs*, de *Liwalis* et de Kadhis étaient en majorité occupés par des musulmans arabes. Certes, ces derniers possédaient sans doute une meilleure connaissance du droit islamique que leurs coreligionnaires, plus récemment islamisés, mais,

²⁴¹ « He is in fact a necessary officer to a Mohamedan population and his usefulness cannot be judged by the number of cases tried by him ». Lettre adressée au Gouverneur, Nairobi, 18/06/1928. KNA, AG/12/21, *The Courts (Jurisdiction of Cadis) Ordinance*, 1929.

²⁴² « Sir, You might remember that in the year 1922 a movement was afoot to retrench Government Servants, whose service, if retrenched, would be an economy. The Committee did the best it could but now I would like to ampress upon the mind of Government and of your readers that there are at present Government Servants who are in the service for over 20 years but who are overpaid. These are the *Mudirs*, *Khadis* and of course *Liwalis*. These three posts are absolutely a waste of public money, and could be replaced by the eager young clerks who are now on their way to join Government Service (...) ». Lettre publiée dans le *Daily Standard*, 01/10/1928, KNA/AG/12/21, *The Courts (Jurisdiction of Cadis) Ordinance*, 1929.

alors que la majorité de la population dans le Sultanat était africaine²⁴³, les Britanniques considérèrent toujours Zanzibar comme un État arabe et, même s'ils en critiquaient les institutions, toutes les politiques coloniales en matière de développement ne visaient qu'à confirmer la position sociale dominante de la minorité arabe. Ainsi, jusqu'au début des années 1950, les colonisateurs étaient convaincus que la stabilité politique et la prospérité économique dépendaient du maintien de la prédominance des Arabes. Ces derniers ayant été la classe dirigeante avant leur arrivée, il paraissait en effet logique pour les Britanniques de s'appuyer sur cette population pour asseoir leur pouvoir, assurer la production et soutenir les nouvelles structures coloniales. Par ailleurs, l'exploitation des ressources de Zanzibar constituait le premier motif de l'occupation et, pour ce faire, les colonisateurs avaient besoin de préserver la classe des propriétaires, qui se composait quasi exclusivement des migrants arabes. Cette politique préférentielle se justifiait d'autant plus aux yeux des Britanniques qu'elle coïncidait avec les idéologies de supériorité raciale puisque, selon un consensus entre Européens, Arabes et Indiens, les Africains étaient placés au bas de l'échelle sociale et souvent considérés comme inaptes à gouverner. En 1918, dans un courrier au *Chief Secretary* de Nairobi, le *Provincial Commissioner* de Mombasa écrivait, par exemple, en des termes pour le moins racistes :

« L'Arabe possède un certain nombre de caractéristiques qui lui donnent de la valeur, en particulier dans la région côtière. Il possède une plus grande intelligence que les ordinaires indigènes bantous du pays. Il possède un don héréditaire pour diriger les indigènes, le langage de la côte est sa langue maternelle et il est acclimaté au climat côtier »²⁴⁴

Ceci explique pourquoi les Arabes jouissaient d'une position à part aux yeux des colonisateurs : alors que l'ensemble de la population, à l'exception des Européens et des Indiens, était qualifiée d'« indigène », leur statut était plus compliqué, dans la mesure où ils étaient catégorisés comme « indigènes » sous certaines législations et « non indigènes » sous d'autres. Par exemple, à partir de 1901, comme tous les autres « indigènes », ils durent s'acquitter de la taxe d'habitation, la *hut tax*. Mais à partir de 1910, tous les Arabes et tous ceux qui pouvaient prouver qu'ils avaient du sang arabe se virent exemptés de cet impôt,

²⁴³ D'après Esmond Bradley MARTIN, au début du 20^{ème} siècle, les Africains représentaient près de 85% de la population totale du Protectorat de Zanzibar. MARTIN, E.B., 1978, *op. cit.*, p. 51.

²⁴⁴ « ... The Arab has several characteristics which render him of value particularly to the coastal area. He possesses greater intelligence than the ordinary Bantu natives of the country. He possesses a hereditary gift of managing natives, the coast language is his native tongue, and he is acclimatised to the coast climate ». Lettre du *Provincial Commissioner*, Mombasa, au *Chief Secretary*, Nairobi, 16/09/1918. KNA, PC/COAST/1/22/22, *Administrative Relations Between Arab Officials and Headmen (Coast Administrative Policy)*, 1925.

après un amendement de la *Tax Ordinance*²⁴⁵. Les Britanniques accordèrent également une position particulière aux Arabes et, dans une moindre mesure, aux Swahilis dans leur nouvelle administration, en raison surtout de l'attitude de Hardinge envers ces populations²⁴⁶. La seule communauté autochtone à laquelle un rôle limité dans la vie politique fut reconnu était encore la communauté arabe, témoignant toujours de la perception fréquente de Zanzibar comme un État arabe²⁴⁷. Le statut préférentiel accordé à cette population résultait en grande partie de la politique de gouvernement indirect et de l'idée de maintenir les structures de pouvoir préexistantes. En 1923, dans un rapport sur l'administration de la Côte, remis au *Senior Commissioner*, le *Chief Native Commissioner* écrivait par exemple, au sujet des populations arabes :

« Il est évident que la meilleure façon de gouverner n'importe quelle race, c'est au travers de ses propres leaders reconnus et des organisations auxquelles elle est habituée. Les Arabes furent les maîtres de la Côte pendant des siècles et en constituent toujours l'aristocratie. Les *Liwalis*, *Mudirs*, *Kadhis* et *Akidas* sont aujourd'hui, ainsi qu'ils l'ont toujours été, arabes ou swahilis »²⁴⁸

Mais la situation privilégiée accordée à ces individus résultait aussi d'une mauvaise connaissance de la réalité sociale locale et de la perception selon laquelle les officiers musulmans ne pouvaient être qu'arabes ou agir pour cette seule population. Hassan Mwakimako, dans un article consacré au premier *Sheikh-ul-Islam* et au premier Chief Kadhi, illustre en quoi, même aux yeux des officiers coloniaux de rang supérieur, les magistrats musulmans étaient en réalité considérés comme des employés arabes²⁴⁹. Il rapporte ainsi que, lors du décès du premier *Sheikh-ul-Islam*, Sharif Abd al-Rahman, en 1922, les messages de condoléances des officiers britanniques ne s'adressaient pas aux musulmans en général, mais uniquement aux Arabes. Ainsi, C. E. Spencer, au nom du *Colonial Secretary*, écrivait au *Liwali* pour la Côte :

²⁴⁵ SALIM, A.I., « The Movement for 'Mwambao' or Coast Autonomy in Kenya. 1956-63 », in OGOT, B.A. (ed.), *Hadith 2*, Nairobi : Historical Association of Kenya, 1970, note 3, p. 226.

²⁴⁶ SALIM, A.I., 1973, *op. cit.*, p. 75.

²⁴⁷ BENNETT, N.N., 1978, *op. cit.*, p. 235.

²⁴⁸ « It is an axiom that the best way to govern any race is through its own acknowledged leaders and the organisations to which it is accustomed. The Arabs were masters of the Coast for centuries and are still its aristocracy. The *Liwalis*, *Mudirs*, *Kadhis* and *Akidas* are now, as they always have been, Arabs or Swahili... ». Extrait d'un rapport par le *Chief Native Commissioner* sur l'administration de la Côte, non daté mais transmis au *Senior Commissioner* pour la Côte le 29/03/1923. KNA, PC/COAST/1/22/22, *Administrative Relations Between Arab Officials and Headmen (Coast Administrative Policy)*, 1925.

²⁴⁹ MWAKIMAKO, H., « The 'ulamâ and the Colonial State in the Protectorate of Kenya. Appointing *shaykh al-islam sharif* 'Abd al-Rahmân b. Ahmad Saggaf (1844-1922) and Chief Kadhi, *shaykh* Muhammad b. 'Umar Bakore (ca. 1932) », à paraître.

« Je suis chargé par Son Excellence le Gouverneur de vous transmettre, en vertu de votre statut de chef de la communauté arabe du Kenya, l'expression de sa tristesse après avoir reçu la nouvelle du décès de Sheikh Abdurrahman bin Ahmed, le vénérable *Sheikh-ul-Islam*, qui occupa son honorable position pendant tant d'années »²⁵⁰

De même, J. W. Barth, le *Chief Justice*, affirma au *Liwali* de Mombasa avoir « l'honneur d'exprimer par votre intermédiaire mes condoléances à la communauté arabe, des suites du décès du Sheikh-ul-Islam », puis continuait en expliquant que « tout au long de ma carrière au sein de la magistrature, j'ai toujours constaté que le défunt cheikh possédait la confiance totale des Arabes »²⁵¹. Ceci reflétait la confusion fréquente entre Arabes et musulmans, mais traduisait aussi sans doute la plus grande respectabilité des Arabes aux yeux de l'administration coloniale. Dans sa réponse, en tout cas, le *Liwali* précisa bien avoir transmis les condoléances, certes non seulement à la population arabe, mais aussi aux musulmans swahilis²⁵². La politique préférentielle des Britanniques à l'égard des Arabes ne se limitait cependant pas à l'organisation de la justice coranique, mais s'appliquait à toute l'administration. Par exemple, au sein du Conseil Législatif de Zanzibar, seuls les Arabes étaient représentés et, jusqu'en 1947, aucun membre africain n'avait été prévu dans la composition de ce corps²⁵³. Au départ, le Conseil, qui comprenait huit membres non officiels, nommés par le Sultan avec l'accord du gouvernement britannique, représentait donc les intérêts arabes. Plus généralement, l'argument selon lequel Zanzibar était un état arabe constituait un dispositif politique employé pour maintenir certaines des relations de production pré-coloniales²⁵⁴, le maintien des juridictions de droit musulman participant aussi de cette politique d'appui sur la minorité arabe.

Pourtant, cette stratégie n'était pas dénuée d'ambiguïtés ou d'arrière-pensées. Au sein de la société zanzibarite, la position politique des propriétaires arabes ne correspondait pas à leur statut économique : si ces propriétaires participaient à l'administration, ils dépendaient

²⁵⁰ « I am directed by His Excellency the Governor to convey to you, as the head of the Arab community of Kenya, an expression of his sorrow on receiving the news of the death of Sheikh Abdurrahman bin Ahmed, the venerable Sheikh-ul-Islam, who had held his honourable position for so many years past ». Courrier C. E. Spencer, pour le Colonial Secretary, au Senior Liwali pour la Côte, 27/05/1922. KNA, AP/1/791, *Sheikh-ul-Islam, re*, 1912.

²⁵¹ « ...the honour to express through you my condolences to the Arab community on the death of the Sheikh-ul-Islam »; « During my career on the Bench, I have always found that the late Sheikh possessed the entire confidence of the Arab people ». Lettre de J. W. Barth, *Chief Justice*, à Ali bin Salim, 29/05/1922. KNA, AP/1/791, *Sheikh-ul-Islam, re*, 1912.

²⁵² Lettre de Ali bin Salim au *Chief Justice*, 02/06/1922, KNA, AP/1/791, *Sheikh-ul-Islam, re*, 1912.

²⁵³ Ce n'est qu'en 1947 qu'un membre de la majorité africaine fut nommé au Conseil Législatif. MARTIN, E.B., 1978, *op. cit.*, p. 51.

²⁵⁴ MLAHAGWA, J.R. et TEMU, A.J., 1991, *op. cit.*, p. 143.

financièrement des prêteurs indiens, titulaires du capital, et des rentiers basés en Europe, bénéficiaires finaux du système commercial. L'abolition de la traite et plus tard de l'esclavage, sous l'influence des abolitionnistes britanniques, contribua à leur déclin économique, ce pourquoi les Britanniques employèrent les fils de ces Arabes au sein du modèle de gouvernement indirect, pour regagner la confiance des propriétaires en les intégrant à l'administration. Cette politique semblait avant tout instrumentale et, à terme, il était envisagé que le pouvoir des Arabes s'éteindrait de lui-même, ainsi que le prédisait en 1925 S. H. Fazan, le *Resident Commissioner* :

« Les officiers arabes sont un legs du traité avec Zanzibar. Il est possible pour nous de les utiliser simplement pour l'administration des Arabes, dans lequel cas, leur influence diminuera à mesure que la proportion des Arabes au sein de la population totale de la Côte diminue »²⁵⁵

D'ailleurs, même au sein de l'appareil administratif colonial, la position des officiers arabes, et en premier lieu du Sultan, n'était pas très claire. Ce dernier, de façon nominale au moins, était le chef de l'État. Cependant, il ne possédait plus de réel pouvoir politique, conservant tout au plus un rôle de conseiller. Le statut social des Arabes à Zanzibar variait aussi considérablement et, même si un grand nombre d'entre eux possédaient des fonctions d'autorité administrative ou des plantations, leur prestige et leur prospérité dépendaient souvent de leur association avec la famille du Sultan, de leur emploi ou de leur degré d'« arabité ». De plus, l'attitude des Britanniques envers les Arabes résultait grandement de la domination passée de ces derniers sur la région et de la volonté de les contrôler. Dans un article où il étudie les relations entre les oulémas et l'État colonial dans le Protectorat kenyan, Hassan Mwakimako explique que « *la relation entre le pouvoir politique colonial et l'autorité juridique des oulémas dans le Protectorat était liée à la nécessité d'institutionnaliser et de centraliser l'autorité et le pouvoir des élites musulmanes dans l'administration judiciaire, de les rendre dépendants du pouvoir exécutif pour leur autorité et d'insister sur l'intérêt de l'autorité des administrateurs coloniaux à travers les privilèges, les nominations et renvois des oulémas de leurs postes* »²⁵⁶. D'après lui, les colons britanniques cherchèrent avant tout à

²⁵⁵ « (...) *The Arab Officers are a legacy of the treaty with Zanzibar. It is possible for us to use them simply in the Administration of Arabs, in which case their influence will dwindle as rapidly as the proportion of Arabs to the total of the Coast population is dwindling* ». Mémoire de S.H. Fazan, *Resident Commissioner*, 05/01/1925. KNA, PC/COAST/1/22/22, *Administrative Relations Between Arab Officials and Headmen (Coast Administrative Policy)*, 1925.

²⁵⁶ « ...*the relationship between the colonial political power and the legal authority of the 'ulamā' in the protectorate was based on need to institutionalize, centralize the authority and power of Muslims elites in the judicial administration, make them dependant of the executive power for their authority and emphasize the*

intégrer les élites musulmanes à la bureaucratie coloniale pour mieux les encadrer. Mais le respect envers ces individus exprimait aussi un mépris certain pour les populations africaines et, Hardinge, qui était très admiratif de la culture arabe, estimait aussi que les Africains, n'ayant aucune volonté d'émancipation, ne seraient pas en mesure d'apprécier leur liberté s'ils pouvaient l'acquérir. En d'autres termes, si les colonisateurs s'appuyèrent d'abord sur les Arabes, c'était avant tout parce que, considérant les populations africaines comme incompetentes, ils estimaient ne pas avoir d'autre choix.

De plus, après le départ de Hardinge en 1900, les politiques coloniales sous les administrations de Sir Charles Eliot puis de Sir Donald Stewart évoluèrent, les deux nouveaux Gouverneurs n'ayant pas le même égard pour les Arabes. Avec le transfert des centres administratifs du Protectorat de Mombasa à Nairobi en 1907, les principales démarches du Gouvernement colonial furent recentrées sur la pacification de l'intérieur du pays, ce qui affecta le statut social et économique des populations côtières, contribua à la marginalisation politique de la Côte et mit fin à la domination des officiers arabes au sein de l'administration. Comme l'explique Tim Carmichael, en un peu moins de dix ans, l'attitude des Britanniques vis-à-vis des musulmans changea radicalement. En 1895, lorsqu'ils arrivèrent sur la Côte, ils dirigèrent par le biais des musulmans mais en 1908, au fur et à mesure que leur attention se portait vers les hautes terres de l'intérieur, les alliés musulmans furent marginalisés et leurs intérêts subordonnés à ceux du Protectorat²⁵⁷. Ceci contribua à l'échec des populations islamiques à accéder aux postes d'influence dans le nouvel ordre colonial. Perdant peu à peu leur statut privilégié, les Arabes furent de plus en plus assimilés au reste des musulmans, notamment à partir du moment où se développa tout un discours sur la marginalisation politique, économique et sociale de ces derniers. Pourtant, tout au long de la période coloniale, ils continuèrent à jouir de l'existence de leurs propres institutions, même si celles-ci furent peu à peu institutionnalisées et leurs fonctions réglementées.

relevance of the authority of colonial administrators in the privileges, appointments and dismissal of the 'ulamâ' from their posts », MWAKIMAKO, H., à paraître, *op. cit.*, p. 167.

²⁵⁷ CARMICHAEL, T., 1997, *op. cit.*, p. 298.

2) L'octroi d'un statut légal aux Kadhis : une politique de contrôle et de « marginalisation » des institutions islamiques traditionnelles sous couvert de leur officialisation.

Au cours de la période coloniale, les tribunaux de Kadhis établis le long de la Bande Côtière, même s'ils étaient à l'origine placés en dehors du système judiciaire, furent toujours reconnus comme partie intégrante de l'administration coloniale. De même, diverses législations furent adoptées, octroyant au droit coranique un statut officiel, et toute une série de réglementations instituèrent progressivement un système juridique unifié et structuré. Les institutions de droit musulman acquièrent peu à peu un statut légal et il s'agit ici de comprendre quels étaient les motifs, invoqués ou réels, de cette politique et quelles en furent les conséquences sur la position, les attributions et le travail des juges musulmans.

Parallèlement, la rationalisation de l'administration introduisit de nouveaux officiers, les Gouverneurs, les *Provincial Commissioners*, les *District Commissioners* et les *District Officers*²⁵⁸, sans pour autant que cela n'entraîne la suppression des postes musulmans, de Kadhis, *Liwalis* et *Mudirs*. Au départ, les attributions des juges islamiques n'étaient pas très bien définies et seuls les Kadhis remplissaient des fonctions exclusivement judiciaires. En revanche, les *Mudirs* et les *Liwalis* devaient, en plus de l'exercice de la justice, collecter les impôts, compter les maisons, recenser les chefs de village et, de façon générale, assister le *District Commissioner* dans les tâches variées qu'il devait accomplir²⁵⁹. La base de l'application du droit et de la justice dans la Colonie reposait sur le *Kenya Colony Order in Council* de 1921, alors que dans le Protectorat elle dépendait du *Kenya Protectorate Order in Council* de 1920. D'après ce second texte, les tribunaux établis dans la Colonie exerçaient également leur juridiction dans le Protectorat. Certes, aucun de ces textes ne faisait de référence directe au droit musulman, mais divers changements transférèrent le pouvoir de nomination des magistrats islamiques du Sultan aux officiers britanniques. Dans le même temps, ces oulémas passèrent du statut de lettrés rendant la justice à celui de fonctionnaires au sein de la bureaucratie coloniale²⁶⁰.

²⁵⁸ Pour une analyse de l'histoire de l'administration au Kenya, voir : BOURMAUD, D., *Histoire politique du Kenya. État et pouvoir local*, Paris : Karthala, 1988, 326 pages.

²⁵⁹ Extrait d'un rapport du *Chief Native Commissioner* sur l'administration de la Côte, non daté mais adressé au *Senior Commissioner* de la Côte le 29/03/1923. KNA, PC/COAST/1/22/22, *Administrative Relations Between Arab Officials and Headmen (Coast Administrative Policy)*, 1925.

²⁶⁰ MWAKIMAKO, H., à paraître, *op. cit.*

a. *L'intégration des Kadhis à un système juridique élaboré.*

Dans le cadre de la réorganisation de la justice, les Kadhis furent intégrés à la nouvelle structure, ce qui induit de redéfinir l'étendue de leurs fonctions.

- Le rattachement des Kadhis à l'administration judiciaire dans le cadre de l'adoption de nouvelles législations.

Sous la colonisation, l'institutionnalisation de l'administration de la justice islamique, entamée par le gouvernement du Sultan Barghash se poursuivit et les Britanniques cherchèrent à réguler les fonctions et les responsabilités des officiers musulmans. En effet, s'ils avaient intérêt au maintien de ces administrateurs dans leur quête de légitimité auprès de la population locale, leur but était aussi de contrôler la région et donc d'encadrer les pouvoirs des officiers traditionnels. L'exercice du droit coranique, qui jusqu'alors se faisait sur une base très informelle, fut de plus en plus réglementé. La prise en charge de l'ensemble de l'appareil judiciaire fut entamée dès 1895, lors du placement de la *British East Africa*, devenue Protectorat, sous contrôle du *Foreign Office*. Hardinge précisa alors que, même si la Côte demeurait sous souveraineté du Sultan, lui-même assurerait personnellement le contrôle final du système judiciaire²⁶¹. Une série de législations fut ensuite adoptée, instituant diverses catégories de tribunaux et précisant leurs attributions respectives. Des dispositions particulières aux juridictions appliquant le droit musulman furent prévues, en respect des engagements du Gouvernement auprès du Sultan à préserver les institutions et les officiers traditionnels. Il s'agissait encore d'une confirmation officielle du maintien de la loi musulmane, ainsi qu'il en avait été convenu avec le Sultan. En 1897, le *East African Order in Council* et les *Native Courts Regulations* établirent un système de droit embryonnaire, basé sur l'existence de tribunaux subordonnés et de tribunaux supérieurs. Les premiers étaient divisés entre « tribunaux indigènes » (« *native courts* ») et tribunaux « coloniaux », les seconds étant gérés par des officiers et des magistrats de l'administration britannique. Il existait ensuite deux tribunaux supérieurs : *Her Majesty's Court for East Africa* et une *Chief Native Court*. Ce système ne demeura en place que pendant cinq années, mais il posa les bases de développements postérieurs, notamment l'organisation duale des juridictions

²⁶¹ POUWELS, R.L., 1987, *op. cit.*, p. 175.

subordonnées, qui s'est maintenue tout au long de la période coloniale²⁶². Dans ce cadre, les institutions kadhiales étaient considérées comme tribunaux indigènes et reconnues pour appliquer le droit islamique de manière identique à ce qui se pratiquait dans les tribunaux du Sultan de Zanzibar, et ce pour tous les litiges touchant au statut personnel des musulmans. Les *Native Courts Regulations* de 1897 prévoyaient que les cours de justice indigènes devraient, dans la mesure du possible, « être guidées par le Code de Procédure Civile Indien et les Codes de Procédure Pénale et Criminelle Indiens », mais que, dans les affaires civiles et criminelles, elles devraient :

« ...au sein de la région côtière musulmane, ou lorsque traitant avec des musulmans, aussi être guidées par et avoir égard pour les principes généraux du droit de l'islam, et, dans l'ensemble du Protectorat, être guidées et avoir égard pour tout droit ou coutume indigène, qui ne sont pas opposés à la moralité naturelle et à l'humanité »²⁶³

Le Chapitre X de ces ordonnances comportait tout un ensemble de dispositions relatives à des « tribunaux ecclésiastiques musulmans », également désignés comme tribunaux de Kadhi. Il était précisé que de telles institutions seraient établies dans chaque Wilayet du Protectorat, afin de s'occuper de « toutes les questions affectant le statut personnel des musulmans (tel que mariage, divorce et héritage) »²⁶⁴. Enfin, d'après l'article 63, les Kadhis se trouvaient dans l'obligation de conserver des registres réguliers pour toutes les affaires jugées.

La loi de 1897 fut abrogée en 1907 par la promulgation de la *Courts Ordinance*, relative à l'administration du Protectorat en Afrique de l'Est. Ce dernier texte constitua la législation la plus importante sur l'organisation judiciaire, établissant un cadre qui devait demeurer en place pendant près de soixante ans²⁶⁵. D'après ses dispositions, les juridictions de droit coranique n'étaient plus considérées comme tribunaux indigènes, mais comme tribunaux subordonnés. Pour la première fois, elles se trouvaient soumises au contrôle de la Haute Cour, à laquelle elles devaient transmettre régulièrement leurs registres, fournir des statistiques

²⁶² Ce texte établissait trois classes de tribunaux subordonnés (*first class*, *second class* et *third class*), ainsi que trois catégories de tribunaux subordonnés indigènes.

²⁶³ L'article 3 des *Native Courts Regulations*, 1897, stipulait ainsi : « *The Native Courts mentioned in Article 2 (a) shall, as far as practicable, be guided by the Indian Civil Procedure Code, and the Indian Penal and Criminal Procedure Codes, but both in civil and criminal cases, they shall, within Mahommedan coast region, or in dealing with Mahommedans, also be guided by, and have regard to, the general principles of the Law of Islam, and throughout the Protectorate be guided by, and have regard to any native laws and customs opposed to natural morality and humanity* ».

²⁶⁴ Article 55 : « *The Cadi's Court shall take cognizance of all matters affecting the personal status of Mahommedans (such as marriage, divorce, and inheritance)* ».

²⁶⁵ GHAI, Y.P. et Mc AUSLAN, J.P.W.B., 1970, *op. cit.*, pp. 134-135.

relatives à leur activité (article 9) et transférer leurs appels. Dans le cas des recours en provenance des juridictions kadhiales, la Haute Cour siégeait avec un assesseur supplémentaire, le *Sheikh ul-Islam*²⁶⁶. D'après cette ordonnance, les Kadhis, les *Liwalis* et les *Mudirs* conservaient leurs attributions auprès des indigènes musulmans en matière de statut personnel (article 19), mais également en matière criminelle (articles 36 et 37). La loi précisait également que la compétence des tribunaux musulmans se limitait aux districts de la Côte. Enfin, contrairement aux autres cours de justice subordonnées, en plus du contrôle exercé par la Haute Cour, l'inspection régulière de ces institutions relevait du *Liwali* de la Côte, qui avait le pouvoir d'examiner les registres ou les actes de tous les tribunaux présidés par des Kadhis, des *Liwalis* ou des *Mudirs*. Enfin, en 1931, une nouvelle *Courts Ordinance* confirma l'existence de tribunaux subordonnés à la Cour Suprême, répartis en trois catégories (première, seconde et troisième classe) et de tribunaux subordonnés musulmans (tribunaux de *Liwalis*, de *Mudirs* et de Kadhis). Le texte conférait aux juges musulmans les pouvoirs d'un magistrat de deuxième classe²⁶⁷ et précisait leur juridiction, cantonnée aux « *districts de la Côte, dans les limites du district dans lequel il [le tribunal] est situé* »²⁶⁸. L'article 18 indiquait que les Kadhis avaient « *...totale jurisdiction sur les indigènes musulmans dans toutes les questions de statut personnel, de mariage, d'héritage et de divorce, et sur tous les indigènes pour toutes les affaires dans lesquelles la valeur du sujet de la dispute n'excède pas 50 Livres* »²⁶⁹. Cette ordonnance accordait donc aux Kadhis le pouvoir de juger les Africains non musulmans, pour des litiges civils mineurs et confirmait l'octroi d'un statut officiel aux Kadhis. Toutefois, la position de ces derniers demeurerait particulière dans la mesure où, même si en théorie ils étaient nommés par le Gouverneur, ce dernier avait délégué cette prérogative au *Provincial Commissioner* de la Côte, qui recevait lui-même les conseils du *Liwali wa pwani* en la matière²⁷⁰. De plus, les Kadhis n'étaient pas membres de l'administration judiciaire, mais de l'administration provinciale, sur le budget de laquelle ils étaient rémunérés.

²⁶⁶ Article 22 : « *Appeals from Cadi's Courts shall lie to the High Court with the Sheikh-ul-Islam or Chief Cadi as assessor* ».

²⁶⁷ La section 18 de ce texte stipulait que les juridictions musulmanes avaient « *... full jurisdiction over Mohamedan Arabs, Baluchis and Africans (including Somalis, Malagasies and Comoro Islanders), in all matters relating to personal status, marriage, inheritance and divorce, and within the Coast districts, over all Arabs, Baluchis and Africans (including Somalis, Malagasies and Comoro Islanders), in all matters in which the value of the subject matter in dispute does not exceed one thousand shillings* ».

²⁶⁸ Article 7(1) de la *Courts Ordinance*, 1931 : « *In the coast districts within the limits of the district in which it is situated* ».

²⁶⁹ Article 18 : « *...Full jurisdiction over Mohammedan natives in all matters relating to personal status, marriage, inheritance and divorce, and over all natives in all matters in which the value of the subject in dispute does not exceed fifty pounds* ».

²⁷⁰ Lettre de H. de Warrenne Waller (*African Courts Officer*) au *Provincial Commissioner, Coast Province*, 02/03/1962 : « *The Future of Muslim Subordinate Courts, Kadhis Courts* ». KNA, CA/9/96, *Muslim Subordinate Courts, Kadhis' Courts, Appointment of Chief Kadhi (Confidential)*.

Ce service n'exerçait cependant qu'une surveillance très relative sur le travail quotidien des magistrats musulmans et n'avait que très peu de contacts avec les Kadhis, dont le contrôle était entièrement du ressort du *Liwali* pour la Côte²⁷¹. Randall L. Pouwels explique que le nouveau statut ainsi accordé aux Kadhis et aux autres magistrats musulmans eut un impact important sur leur travail. Par exemple, leur mode de désignation n'impliquait pas les populations locales et les Kadhis, perçus comme coopérateurs de l'administration, faisaient parfois l'objet de critiques de la part de leurs compatriotes urbains, se voyant fréquemment accusés de corruption ou victimes de rumeurs concernant leur connaissance du droit musulman²⁷².

En plus de réglementer le travail et les attributions des tribunaux islamiques, les colons britanniques adoptèrent plusieurs textes relatifs à l'administration de la loi coranique. Ils tentèrent, par exemple, dès 1899 et à l'initiative de Hardinge, de contrôler les *Wakf*²⁷³, par la création de Commissions en charge de l'administration de ces biens dans le Protectorat et à Zanzibar, afin de s'assurer qu'ils seraient bien utilisés pour les desseins qui devaient être les leurs²⁷⁴. L'établissement de ces Commissions s'accompagna, au Kenya, des premières ordonnances concernant l'application de la loi islamique et introduisant tout un ensemble de réformes contradictoires avec certaines pratiques légales jusqu'alors en cours dans les villes côtières²⁷⁵ et avec les principes traditionnels de l'école de pensée chaféite, dominante en Afrique de l'Est²⁷⁶. La volonté des Britanniques d'exercer un contrôle sur la conduite des affaires personnelles des musulmans se manifesta encore par le vote de plusieurs lois. La première, la *Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Ordinance*, fut adoptée en 1897 et modifiée en 1906, établissant des règles obligatoires en matière de mariage, de divorce et d'héritage. Ce texte contenait des dispositions intéressantes, eu égard à l'articulation entre les règles générales de droit et la reconnaissance du droit coranique. En effet, alors que la loi établissait des normes précises pour l'enregistrement des mariages et des

²⁷¹ Lettre de H. de Warrenne Waller (*African Courts Officer*) au *Provincial Commissioner, Coast Province*, 02/03/1962: « *The Future of Muslim Subordinate Courts, Kadhis Courts* ». KNA, CA/9/96, *Muslim Subordinate Courts, Kadhis' Courts, Appointment of Chief Kadhi (Confidential)*. Le *Liwali* pour la Côte avait d'ailleurs, d'après l'article 11 de la *Courts Ordinance* de 1931, la responsabilité de l'inspection des registres de tous les tribunaux à la tête desquels se trouvaient des *Liwalis*, des *Mudirs* ou des Kadhis.

²⁷² POUELS, R.L., 1987, *op. cit.*, p. 180.

²⁷³ Sur le plan lexical, le terme *Wakf* (ou *Waqf*), en arabe, signifie l'immobilisation. Sur le plan terminologique, le mot est généralement défini comme étant « *l'immobilisation d'un fonds ou d'une propriété avec l'offre de l'usufruit* ». Les *Wakf* sont des biens de mainmorte (ce peut être un terrain, un bâtiment), assurant les revenus de fondations pieuses ou les frais de travaux d'intérêt général (construction d'une mosquée, par exemple).

²⁷⁴ POUELS, R.L., 1987, *op. cit.*, p. 176.

²⁷⁵ *Ibid.*, pp. 176-177.

²⁷⁶ ANDERSON, J.N.D., 1970, *op. cit.*, p. 85.

divorces musulmans, elle reconnaissait dans une certaine mesure un statut supérieur à la loi islamique pour les fidèles, prévoyant que :

« ... rien de ce qui est contenu dans cette ordonnance ne doit être interprété de manière à (a) rendre invalide, simplement parce qu'il n'a pas été enregistré, un mariage ou un divorce musulman qui, autrement serait valide ; (b) rendre valide, du fait de son enregistrement, un mariage ou un divorce musulman qui autrement ne serait pas valide »²⁷⁷

Sur la Côte, cette loi ne souleva pas de problème particulier, dans la mesure où le droit coranique était appliqué de longue date. En revanche, pour les musulmans établis dans le reste du territoire, les choses étaient plus compliquées, avec la nécessité créée par le texte de nommer des personnes en charge de faire exécuter ses dispositions. Légalement désignés comme « *officiers en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans* », ils étaient souvent appelés « Kadhis », mais leurs compétences n'étaient pas aussi importantes que celles des véritables Kadhis.

- La question sensible de l'étendue de la juridiction des Kadhis.

Au cours de la période coloniale, l'étendue des compétences des Kadhis souleva des interrogations, notamment pour savoir si ces magistrats étaient aptes à juger de litiges criminels. Avant l'arrivée des Britanniques, le travail des officiers musulmans était plus ou moins formel et les Kadhis avaient l'habitude de se prononcer sur des affaires civiles aussi bien que criminelles. Par ailleurs, sous le Gouvernement colonial, l'ordonnance de 1907 et l'Ordonnance de Procédure Criminelle de 1913 reconnaissaient leur compétence dans les deux domaines. Pourtant, malgré ces dispositions légales, certains officiers coloniaux se montrèrent réticents à admettre la juridiction criminelle des Kadhis et, au moment où les Britanniques tentaient de rationaliser l'administration de la justice, ils arguèrent que la fonction des officiers islamiques demeurait strictement civile. Ainsi, un rapport du *Chief Native Commissioner*, daté de 1922 et relatif à la gestion de la région côtière, affirmait :

²⁷⁷ « *Nothing in this Ordinance contained shall be construed to- (a) render invalid, merely by reason of its not having been registered, any Mohammedan marriage or divorce which would otherwise be valid ; (b) render valid, by reason of its having been registered, any Mohammedan marriage or divorce which would otherwise be invalid* ».

« Bien que l'Ordonnance de Procédure Criminelle, 1913, donne juridiction criminelle aux Kadhis, ceci est vraiment étranger à leur fonction et il serait préférable que les Kadhis ne s'occupent pas des affaires criminelles »²⁷⁸

Le *Chief Justice*, la plus haute autorité dans la hiérarchie judiciaire, lui répondait néanmoins que :

« Le terme Kadhi n'implique pas une juridiction limitée aux litiges qui se présentent dans les domaines du mariage, du divorce ou de l'héritage, mais il est équivalent à Cadi, qui dans les pays musulmans, selon mes informations et mon sentiment, est à la fois un juge criminel et civil »²⁷⁹

Les opinions sur le sujet étaient donc variables au sein de l'administration coloniale, certains ne s'opposant pas à une extension de la compétence des Kadhis aux affaires criminelles, alors que d'autres plaidaient en faveur d'une limitation de leur tâche au statut personnel, voire aux questions strictement matrimoniales. C'est ainsi que le *District Commissioner* de Mombasa, dans une description pour le moins négative du travail du Kadhi de cette ville, affirmait en 1915 :

« ... Il semble que le Kadhi pense qu'il doit simplement juger toutes les poursuites qui lui sont apportées. (...) J'ai expliqué au Kadhi qu'il a en son pouvoir de protéger la pratique des lois du mariage, mais que s'il n'est pas très strict sur ce point il va encourager le concubinage et la prostitution. (...) En bref, je pense qu'il faudrait donner instruction au Kadhi de ne pas aller au-delà de ses devoirs, qui se limitent à des affaires strictement matrimoniales »²⁸⁰

En réalité et de la façon la plus courante, l'administration coloniale admettait la juridiction des Kadhis en matière criminelle, à condition que ces derniers n'appliquent pas les règles coraniques, mais le Code Pénal : leur compétence criminelle se cantonnait à l'application du droit commun et, même dans les anciens territoires du Sultan, la reconnaissance de la Charia ne fut jamais envisagée dans le domaine pénal. C'est ce que laissait entendre le *Chief Justice*,

²⁷⁸ « Although the Criminal Procedure Ordinance 1913 gives criminal jurisdiction to Kathis such is really foreign to their proper functions and it would be better if Kathis did no criminal work ». KNA, PC/COAST/1/20/96, Kadhis, mudirs, liwalis, etc.

²⁷⁹ « The term Kathi does not imply jurisdiction limited to cases arising from Marriage, Divorce or Inheritance but is equivalent to Cadi who in Mohamedan countries to the best of my information and belief is both a criminal and civil judge ». KNA, PC/COAST/1/20/96, Kadhis, mudirs, liwalis, etc.

²⁸⁰ « ...the Cathi appeared to think that he had merely to try every case brought to him. (...) I explained to the Cathi that he has in his power to safeguard observance of marriage laws but that if he is not very strict in respect to these points he will merely encourage concubinage and prostitution. (...) On the whole I think the Cathi should be instructed not to go beyond his duties in respect to dealing with matters confined to purely matrimonial affairs ». Lettre du *District Commissioner*, Mombasa, au *Chief Justice*, 10/04/1915. KNA, PC/COAST/1/10/126, Kadhis' Court, Mombasa.

R. W. Hamilton, dans une lettre de 1922, en réponse à une pétition des Arabes de Lamu, qui demandaient le recours à la loi islamique pour régler certains délits liés à l'immoralité sexuelle :

« Par l'accord de 1895, le Sultan a donné au Gouvernement britannique les pleins pouvoirs pour administrer la Bande Côtière. En vertu de ces pouvoirs, le Gouvernement appliqua en 1897 le Code Pénal à l'ensemble du Protectorat, dont la Bande Côtière, et depuis cette date, le Code a été appliqué à toutes les personnes, sans distinction. Je n'ai pas besoin de souligner les complications qui surviendraient en cas d'application de n'importe quelle forme particulière de droit pénal à un musulman dans la Bande Côtière, qui ne lui serait pas applicable à l'intérieur du territoire »²⁸¹

Faisant réponse à une pétition des Arabes de Lamu concernant des cas de fornication, ce qui constitue un délit au regard du droit musulman, Hamilton assurait encore dans son courrier que :

« ...faire de la fornication une infraction passible de punition est mal fondé et que en faire un délit pour une partie de la communauté dans seulement une zone du Protectorat serait politiquement peu judicieux et impossible »²⁸²

Pourtant, en pratique, le droit criminel musulman était parfois appliqué, dans la mesure où les juges arabes n'étaient pas toujours à même de lire ou de s'exprimer en anglais et ne pouvaient donc pas utiliser, voire seulement comprendre le Code Pénal. Toujours sur la même question, F. W. Isaac, le *Provincial Commissioner* de Lamu rapportait, par exemple, en 1919 :

« J'ai déjà expliqué que les magistrats arabes ont toujours jugé des affaires criminelles selon la Charia, ils auraient difficilement pu faire autrement. De Wasin à Dick's Head, il n'existe pas un seul Code Pénal Indien écrit en arabe ou en swahili, il existe seize *Liwalis* et *Mudirs* et un seul parmi eux connaît l'anglais, comment les quinze autres pourraient-ils alors administrer un droit qu'ils ne peuvent pas lire et qu'ils ne connaissent pas ? »²⁸³

²⁸¹ « By the agreement of 1895 the Sultan gave the British Government complete powers of administering the Coast strip. Under those powers the Government applied the Penal Code in 1897 to the whole Protectorate including the coast strip, and since that date the general application of the Code has been observed in respect of all persons alike. I need not emphasize the complications that would arise from an attempt to make a particular form of penal law applicable to a Mohammedan in the Coast strip which would not be applicable to him in the hinterland ». Lettre du Chief Justice au Chief Secretary, 02/06/1919. KNA, AP/1/1103, *Application of Mohammedan Law to Lamu*.

²⁸² « ...to make fornication a punishable offence is unsound, and that to make it an offence by one section of the community only in one area of the Protectorate would be politically unwise and impossible », lettre du Chief Justice au Chief Secretary, 02/06/1919. KNA, AP/1/1103, *Application of Mohammedan Law to Lamu*.

²⁸³ « I have already stated that the Arab Magistrates have always heard criminal cases under the Sheriah, they could scarcely have done otherwise. From Wasin to Dick's Head there is no single Indian Penal Code written in Arabic or Swahili, there are 16 Liwalis and Mudirs and only one of them knows English, how could the other 15

En théorie, les *Liwalis*, les *Mudirs* ou les Kadhis avaient tous les mêmes pouvoirs en matière criminelle, sur les populations arabes, balouchis, et africaines musulmanes. En pratique cependant, la juridiction criminelle des Kadhis était subsidiaire, ne servant qu'à pallier l'absence de tribunal de *Liwali* dans certaines localités. La confusion tenait au statut assez flou des différents officiers, au premier rang desquels le *Sheikh-ul-Islam*, dont le poste fut officialisé sous la colonisation.

b. Le statut problématique du Sheikh-ul-Islam ou « Chief Kadhi ».

Les *Native Courts Regulations* de 1897, en plus de préciser les attributions des juridictions de droit musulman introduisirent, dans leur article 56, un « tribunal du Chief Kadhi », devant siéger à Mombasa et à la tête duquel se trouvait un Chief Kadhi, désigné sous l'appellation de *Sheikh-ul-Islam*²⁸⁴. Sharif Abdulrahman bin Ahmad Saggaf, également connu sous le nom de Sharif Mwenye Abudi, devint le premier titulaire du poste en 1899²⁸⁵. Tout comme l'institutionnalisation des tribunaux islamiques avait permis au Gouvernement colonial d'exercer un certain contrôle sur l'exercice de la justice coranique, la création du poste de *Sheikh-ul-Islam* constituait un moyen de superviser le leadership musulman, dans la mesure où le nouvel officier, désigné par les autorités coloniales, faisait figure de représentant de l'islam aux yeux de l'administration, ainsi que le laissait entendre l'intitulé de sa fonction. Hassan Mwakimako, ayant étudié les conditions de nomination du premier *Sheikh-ul-Islam* et de son successeur, Sheikh Muhammad bin Umar Bakore, désigné Chief Kadhi, explique notamment en quoi ces nominations constituèrent pour les Britanniques un moyen d'intégrer l'élite religieuse, les oulémas, au sein de la bureaucratie gouvernementale²⁸⁶. Certes, avant l'incursion coloniale, les oulémas avaient déjà pénétré les structures du pouvoir, dans le cadre de l'administration du Sultanat. Toutefois, la situation était bien différente, puisque l'État s'inspirait des règles de l'islam. Or, sous la colonisation, l'officialisation du poste de *Sheikh-ul-Islam* permit d'encadrer l'élite musulmane puisque cette reconnaissance attribuait à l'islam et aux oulémas un statut officiel au sein de l'appareil colonial. Mais la nomination du titulaire

administer a law they cannot read and do not know », lettre adressée au *Chief Secretary* (Nairobi), 10/05/1919. KNA, AP/1/1103, *Application of Mohammedan Law to Lamu*.

²⁸⁴ L'article 56 précisait : « *A Court is hereby constituted to be called the Chief Cadi's Court. It shall be presided over by a Chief Cadi for the whole Mahommedan coast region, who shall be called the Sheikh-ul-Islam and who shall hold his court at Mombasa* ».

²⁸⁵ SALIM, A.I., 1973, *op. cit.*, p. 82.

²⁸⁶ MWAKIMAKO, H., à paraître, *op. cit.*

de la fonction par le pouvoir colonial pouvait affecter sa légitimité aux yeux des fidèles. Les musulmans n'étaient en aucun cas consultés pour le choix du *Sheikh-ul-Islam* qui, d'un point de vue statutaire, apparaissait plus comme un officier administratif que comme un leader religieux. De plus, la cooptation des élites musulmanes par le pouvoir colonial impliquait que seul ce dernier était en mesure de déterminer les fonctions, le statut et la rémunération du titulaire du poste. En pratique, le texte de 1897 demeurait assez flou sur les attributions du *Sheikh-ul-Islam*, précisant simplement que le nouveau magistrat devrait être désigné par le *Commissioner* (article 60). Aux yeux de R. W. Hamilton, ses prérogatives semblaient assez nombreuses, ainsi qu'il les énumérait dans un courrier adressé à la Haute Cour de Mombasa, en 1915 :

« (1) Siéger avec un juge de la Haute Cour lors de tous les appels en provenance des Kadhis. (2) Siéger comme assesseur en droit musulman dans les autres affaires de la Haute Cour ou de la *Resident Magistrate's Court* de Mombasa, lorsque cela lui est demandé par un officier du tribunal. (3) Conseiller les juges ou les magistrats sur les questions relatives au droit musulman qui peuvent lui être transmises par l'intermédiaire du Greffier. (4) Sur toutes les questions concernant ses devoirs officiels et ses émoluments officiels, il correspondra directement avec le *Chief Justice* qui est à la tête du Département auquel il appartient. (5) Cela ne fait pas partie de ses fonctions officielles de conseiller les individus sur une base privée, et il peut toujours refuser de le faire. Néanmoins, s'il le souhaite il peut essayer de régler des différends qui n'ont pas encore été portés devant la justice de manière privée, mais dans ce cas, il devra faire attention à ne pas se mettre dans une telle situation qui ensuite lui interdirait de siéger pour le litige en cas de recours »²⁸⁷

De façon générale, R. W. Hamilton considérait le poste de *Sheikh-ul-Islam* de façon très positive. Il en rappela d'ailleurs à plusieurs occasions l'utilité, comme dans ce mémorandum adressé au *Provincial Commissioner* en poste à Mombasa, en 1909 :

« [le *Sheikh-ul-Islam*] siège comme assesseur auprès de la Haute Cour en cas d'appel contre les autres Kadhis ou aussi à chaque fois que cela est nécessaire, et des questions d'une grande importance lui sont constamment transmises. Il jouit d'un grand respect, non seulement auprès des individus de sa propre race et de sa religion, mais également auprès de tous les autres avec qui il entre en contact. Personnellement,

²⁸⁷ « (1) To sit with a Judge of the High Court on all appeals from Kathis ; (2) To sit as an Assessor in Mohamedan law in other cases in the High Court or Resident Magistrate's Court Mombasa when requested by an Officer of the Court ; (3) To advise any Judge or Magistrate in matters relating to Mohamedan Law, which may be referred to him through the Registrar ; (4) In all matters regarding his official duties and his official emoluments he will correspond direct with the Chief Justice who is the head of the department to which he belongs ; (5) It is not part of his official duties to advise people privately in disputes, and he can always refuse to do so. But if he wishes he may endeavour to settle disputes privately that are not already before a Court, but in such matters he should be careful not to put himself in such a position that would afterwards debar him from sitting on the case in an appeal ». J.W. Hamilton, *Chief Justice*, au H. M. High Court Mombasa, 21/04/1915. KNA, AP/1/791, *Sheikh-ul-Islam*, re, 1912.

je porte la plus grande considération à ses connaissances et à l'intégrité qu'il applique à toutes les affaires qui sont soumises à son opinion »²⁸⁸

Dans une autre correspondance, adressée au Secrétaire de l'Administration en date du 21 février 1910, il assurait encore apprécier le rôle du magistrat musulman et considérait les relations de ce dernier avec le Gouvernement comme particulièrement cordiales :

« Les relations officielles entre le *Sheikh-ul-Islam* et le Gouvernement sont à la fois proches et excellentes. Il est le Chief Kadhi et, en tant que tel, est considéré par les tribunaux et par le Gouvernement comme le représentant de l'Islam. Il a servi le '*Serkal*' de façon loyale et n'intervient pas ou n'exprime pas d'opinions sur des questions litigieuses, à moins qu'elles ne lui soient officiellement transmises par les tribunaux ou l'administration »²⁸⁹

Cependant, la création de ce poste ne fut pas sans provoquer des désaccords au sein de l'administration coloniale, en particulier au sujet de la rémunération et du statut de son titulaire. Aussi longtemps que R. W. Hamilton fut *Chief Justice*, la question ne déclencha pas de débats majeurs, Hamilton se montrant toujours disposé à un meilleur traitement du *Sheikh-ul-Islam* et exprimant régulièrement des opinions très favorables à une augmentation de son salaire. Par exemple, en 1909, il manifestait un réel soutien à l'idée d'une amélioration de la rémunération du cheikh, qui n'avait pas reçu de promotion depuis sa prise de fonction en 1899²⁹⁰. Mais le principal point de discorde tenait au fait de savoir si les juges musulmans devaient être payés sur le budget de l'administration judiciaire ou sur celui de l'administration provinciale. En théorie, tous les Kadhis dépendaient de cette dernière, mais progressivement il fut envisagé de les rattacher au judiciaire, ce qui paraissait assez logique, puisqu'ils étaient des juges et que leur statut était défini par diverses législations relatives à l'organisation générale du système de tribunaux. Dans un premier temps, cependant, le *Chief Justice* proposa que seuls le *Sheikh-ul-Islam* et le Kadhi de Mombasa dépendent du Département

²⁸⁸ « He sits as assessor to the High Court on appeal from other Cadis and also whenever required, and matters of great importance are constantly referred to him. He commands great respect not only among people of his own race and religion but amongst all others with whom he comes in contact. Personally, I entertain the highest regard both for his learning and the integrity with which he applies to all matters submitted for his opinion ». Mémoire remis par R.W. Hamilton au *Provincial Commissioner*, Mombasa, au sujet d'une augmentation du salaire du *Sheikh-ul-Islam*, 23/07/1909. KNA, AP/1/606, *Increase of the salary of the Sheikh-ul-Islam*, 1919.

²⁸⁹ « The official relations between the *Sheikh-ul-Islam* and the Government are both close and excellent. He is the Chief Kathi and as such is treated by the Courts and the Government as the representative of Islam. He has served the '*Serkal*' loyally and does not intervene or express opinions on disputed matters except when they are officially referred to him by the Courts or the Administration ». R.W. Hamilton au Secrétaire de l'Administration, 21/02/1910. KNA, AP/1/606, *Increase of salary of the Sheikh-ul-Islam*, 1909.

²⁹⁰ Mémoire remis par R. W. Hamilton au *Provincial Commissioner*, Mombasa, au sujet d'une augmentation du salaire du *Sheikh-ul-Islam*, 23/07/1909. KNA, AP/1/606, *Increase of the salary of the Sheikh-ul-Islam*, 1919.

Juridique et, dans un courrier adressé au *Chief Secretary*, à Nairobi, R. W. Hamilton relatait avoir suggéré au Gouvernement, en accord avec le *Provincial Commissioner* du *Seyyidieh*, que le poste de *Sheikh-ul-Islam* soit à l'avenir porté sur le budget de l'administration judiciaire. Il motivait ce choix en expliquant que « *ses devoirs sont purement judiciaires, qu'il est ainsi en contact permanent avec les tribunaux et ne possède aucun devoir en soi concernant l'administration provinciale* »²⁹¹. En revanche, d'après lui, les Kadhis de Malindi, Mambrui, Takaungu et Wassein, devaient être traités de façon séparée, puisque leur travail était placé sous le contrôle de l'officier administratif en charge de leur district²⁹².

Ce problème ne fut cependant jamais abordé de façon sérieuse au sein du gouvernement colonial, d'autant plus qu'après le départ de Hamilton certains contestèrent l'utilité même du poste de *Sheikh-ul-Islam*. Le nouveau *Chief Justice* envisagea tout simplement la suppression de la fonction, après le départ à la retraite de Sharif Abd al-Rahman bin Ahmad Saggaf. Il avait même prévu les modalités juridiques de cette abrogation, proposant un amendement de l'article 22 de la *Courts Ordinance* de 1907, qui stipulait que, lors d'un appel provenant d'un tribunal de Kadhi, le *Sheikh-ul-Islam* devait siéger comme assesseur auprès de la Haute Cour. Il suggérait alors que, dans l'éventualité d'une telle situation, le *Sheikh-ul-Islam* soit remplacé par n'importe quelle personne experte en droit islamique²⁹³. Toutefois, après avoir reçu l'avis du *Liwali*, J. W. Barth reconnut la nécessité de désigner un successeur au *Sheikh-ul-Islam*. Ayant beaucoup moins d'égard pour la fonction que son prédécesseur, il chercha néanmoins à en diminuer le rayonnement, en proposant de modifier le titre du titulaire du poste, qui serait désormais nommé « Chief Kadhi »²⁹⁴. Ceci avait des implications symboliques importantes, car le nom de Chief Kadhi apparaissait beaucoup moins prestigieux : ne comportant plus le mot islam, le titre n'impliquait plus de dimension religieuse et semblait, au contraire, beaucoup plus juridique.

De façon pratique, le changement de dénomination s'accompagna de modifications en termes de rémunération. Hassan Mwakimako explique, par exemple, comment, à plusieurs

²⁹¹ « *His duties are purely Judicial and he exercises no magisterial jurisdiction [and] he is thus in constant touch with the Courts and has no duties whatever with regard to the Provincial Administration* ». Lettre de R. W. Hamilton, *Chief Justice*, au *Chief Secretary*, Nairobi, 25/08/1913. KNA, AP/1/606, *Increase of the salary of the Sheikh-ul-Islam*, 1919.

²⁹² Lettre du *Provincial Commissioner*, Mombasa, à J.W. Barth, *Chief Justice*, 09/09/1912. KNA, AP/1/791, *Sheikh-ul-Islam, re*, 1912.

²⁹³ Courrier de J.W. Barth, *Chief Justice*, au *Colonial Secretary*, Nairobi, 05/09/1921. KNA, AP/1/791, *Sheikh-ul-Islam, re*, 1912.

²⁹⁴ *Ibid.*

reprises Sheikh Muhammad bin Umar Bakore, le premier Chief Kadhi avait écrit à l'administration coloniale pour demander une augmentation salariale, correspondant à son rang dans la société, mais aussi comment, chaque fois, cette même administration fit attendre sa réponse, donnant l'impression au Chief Kadhi que ses requêtes ne suscitaient pas l'intérêt des autorités²⁹⁵. Les réticences du gouvernement colonial à répondre rapidement aux demandes du Chief Kadhi reflétaient le peu de considération dont jouissait le poste aux yeux de certains administrateurs britanniques, ainsi que son statut peu valorisé. De nouveau, quelques années avant l'indépendance, l'utilité de la fonction fut remise en cause. Alors qu'entre 1954 et le début des années 1960, le poste de Chief Kadhi était resté vacant²⁹⁶, en 1960, le *Liwali* de la Côte interrogea le *Provincial Commissioner* de cette région sur l'opportunité de nommer un officier à cet emploi. Visiblement, le dernier Chief Kadhi en fonction en 1954 n'avait pas été remplacé, en raison de doutes sur son efficacité. La désignation d'un successeur ne se justifiait donc pas aux yeux des Britanniques et, dans une correspondance avec le *Provincial Commissioner* de la *Coast Province*, le *Deputy Registrar* expliquait qu'après consultation au sein de l'administration judiciaire, le maintien du poste de *Chief Kadhi* ne lui semblait pas nécessaire. Un des arguments était que le *Resident Judge*, à Mombasa, n'avait jamais eu l'occasion de demander conseil au Chief Kadhi en matière de droit musulman ou seulement lors de très rares appels. Il était également avancé que le contrôle du travail général des Kadhis pouvait ressortir de l'administration coloniale et pas nécessairement d'un Chief Kadhi, désigné à cette fin précise²⁹⁷. Toutefois, selon un point de vue différent, le *Liwali* de la Côte affirmait l'existence d'un réel besoin pour la réactivation de ce poste, dans la mesure où la population musulmane avait augmenté. Dans un souci d'efficacité et pour en justifier la rémunération, il suggérait qu'une personne suffisamment qualifiée soit nommée pour prendre en charge la fonction²⁹⁸ qui, au bout du compte, fut reconduite. Néanmoins, le maintien du poste de Chief Kadhi ne constituait qu'un problème parmi d'autres et l'établissement de Kadhis, officiellement reconnus, en dehors des territoires de la Bande Côtière, provoqua aussi de nombreux débats au sein de l'administration coloniale.

²⁹⁵ MWAKIMAKO, H., à paraître, *op. cit.*

²⁹⁶ Lettre du *Provincial Commissioner*, *Coast Province*, au *Registrar*, *Supreme Court of Kenya*, Nairobi, 18/07/1960. KNA, CA/9/96, *Muslim Subordinate Courts, Kadhis' Courts, Appointment of Chief Kadhi (Confidential)*.

²⁹⁷ Lettre du *Deputy Registrar* au *Provincial Commissioner*, *Coast Province*, 31/10/1961. KNA, CA/9/96, *Muslim Subordinate Courts, Kadhis' Courts, Appointment of Chief Kadhi (Confidential)*.

²⁹⁸ Lettre du *Liwali* pour la Côte au *Provincial Commissioner*, *Coast Province*, 15/07/1960. KNA, CA/9/96, *Muslim Subordinate Courts, Kadhis' Courts, Appointment of Chief Kadhi (Confidential)*.

3) L'établissement de tribunaux de Kadhi en dehors de la Bande Côtière.

L'existence de juridictions kadhiales le long de la *Coastal Strip* découlait du statut particulier de ce territoire qui, bien qu'administré par les Britanniques, faisait partie des possessions du Sultan de Zanzibar. D'après les *Courts Ordinance* de 1907 et 1931, la juridiction des Kadhis ne s'exerçait pas en dehors de cette région. Or, non seulement des musulmans vivaient dans le reste des possessions britanniques, mais des musulmans originaires du Protectorat pouvaient aussi être amenés à se déplacer dans la Colonie, où ils ne bénéficiaient plus de l'existence de tribunaux appliquant leur droit propre. La situation de ces personnes n'était pas sans soulever la compassion de certains membres de l'administration coloniale, à l'image de R. W. Hamilton, qui, dans un courrier du 30 septembre 1910, décrivait leur condition comme suit :

« ... en dehors de la Côte, ils [les Kadhis] n'ont pas de juridiction (*Courts Ordinance* 1907, Section 5). L'indigène musulman, dans l'intérieur du pays, est naturellement dans une situation différente de celle dont il jouit sur la Côte et il ne pourrait pas, par exemple, exiger qu'une affaire soit jugée selon la procédure de la Charia. Mais je ne pense pas qu'il perde son statut de musulman et les droits et responsabilités liés à ce statut parce qu'il quitte la limite de dix miles et je crains qu'il ne soit tout simplement impossible de refuser de lui administrer son propre droit civil en matière de mariage, d'héritage et de divorce, tel qu'il est administré aux musulmans indiens »²⁹⁹

Une telle situation paraissait difficile à gérer pour l'administration, d'autant plus que, dans les faits, des « juges » islamiques agissaient de manière non officielle dans de nombreuses zones situées hors de la Bande Côtière, comme par exemple dans les districts d'Isiolo, de Machakos, d'Eldoret ou de Mumias, mais également à Nairobi. Aussi, il semblait politiquement délicat de ne concéder l'application de la loi coranique qu'aux populations du *Seyyidieh*, ce que reconnaissait encore R. W. Hamilton dès 1919 dans une correspondance adressée à l'*Attorney General* :

« (...) En premier lieu, nous sommes dans l'obligation directe de maintenir le droit musulman dans les dominions du Sultan. En second lieu, considérant la géographie du Protectorat et son histoire passée, il serait en pratique difficile et politiquement

²⁹⁹ « Outside the coast strip they [the Kadhis] have no jurisdiction (*Courts Ordinance* 1907, Section 5). The Mahomedan native up country is naturally in a different position from that which he enjoys at the coast, and could not for instance claim to have a case decided by the procedure of the Sheria ; but I do not apprehend that he loses his status as a Mohamedan and the rights and liabilities attaching to that status because he crosses the 10 miles limit and I am afraid it would be well right impossible to refuse to administer to him his own civil law in matters of marriage, inheritance, and divorce as it is administered to Mahomedan Indians (...) », KNA, PC/COAST/1/3/2, *The Registration of Mohamedan Marriages and Divorces*, 1914.

maladroit de ne pas accorder à la fois aux sujets britanniques et aux personnes sous statut de Protectorat britannique vivant dans les terres intérieures une reconnaissance globale du droit musulman, ainsi que nous sommes obligés de leur accorder sur la Côte. (...). Une reconnaissance partielle ne fonctionnerait pas de manière satisfaisante et aurait tendance à créer une confusion sur les droits de propriété, ainsi que des complications du droit »³⁰⁰

Dans la capitale, où la population de confession islamique représentait une proportion non négligeable, l'établissement d'un tribunal de droit musulman fut par principe refusé. Toutefois, le Gouvernement ne se montra pas opposé à la présence d'un « Kadhi », aussi longtemps qu'il n'était pas rémunéré sur le budget colonial. La nomination d'un Kadhi employé par l'administration fut en revanche l'objet d'importantes discussions pour certaines régions à forte population musulmane, en particulier dans le District de la Frontière Nord (*Northern Frontier District*, NFD), ou pour certaines zones où des musulmans s'étaient installés en grand nombre, comme dans le centre commercial de Mumias, dans l'Ouest³⁰¹. Finalement, en 1945, un amendement à la *Courts Ordinance* de 1931 permit l'établissement de tribunaux appliquant le droit islamique en dehors de la région côtière³⁰². Dans les terres intérieures, il n'exista jamais de *Liwalis* ou de *Mudirs*, mais des dispositions financières furent prévues pour la nomination de Kadhis dès la même année et des cours de justice coranique furent par conséquent établies de manière précoce à Isiolo, dans le NFD³⁰³, et à Mumias, dans l'Ouest.

a. Un compromis bancal pour l'établissement d'un Kadhi à Nairobi : un juge sans tribunal.

Dès le début du 20^{ème} siècle, l'éventuelle nomination de Kadhis en dehors de la région côtière fut discutée au sein de l'administration coloniale. Il s'agissait pourtant d'un faux problème puisque, dans les diverses localités où vivaient des populations musulmanes, des personnes remplissaient des tâches similaires à celles des juges islamiques, à la seule différence qu'ils effectuaient ce travail de manière non-officielle, sans être nommés et

³⁰⁰ « (...) In the first place, we are under direct obligations to maintain the Mohamedan law in the Sultan's dominions. In the second, having regard to the geography of the Protectorate and its past history it would in practice be difficult, and might be politically unwise, not to accord both to British subjects and British protected persons the mass recognition of Mohamedan law up-country that we are bound to extend to them at the Coast. (...) A semi-recognition would not work satisfactorily and would tend to confusion of rights to property and to complication of the law », KNA, AP/1/720, D.R. 298/19. Lettre datée du 24/04/1919.

³⁰¹ KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950. Sheriff Omari fut nommé Kadhi par la *Government Notice* No. 1068 du 8 novembre 1947.

³⁰² L'ordonnance 43/45 de 1945 modifia l'article 7(1) du texte, précisant désormais « *The limits within which subordinate courts shall exercise their jurisdiction shall be as follows : (...) A cadi's Court... within the limits of the district in which it is situated* ».

³⁰³ KNA, DC/ISO/11/4, *Marriage, Divorce and Succession/Appointment of Kadhis and Registrars*.

reconnus par le Gouvernement. Aussi, la vraie question portait sur l'officialisation de ces hommes, le caractère informel des « Kadhis » en dehors de la Côte entraînant divers problèmes administratifs et pratiques. Un Mémoire rédigé par l'*Attorney General* en 1945 expliquait que, dans la colonie, la procédure légale imposait aux musulmans de recourir à la Haute Cour ou bien, de façon informelle, à des officiers administratifs ou à des Cheikhs pour résoudre leurs différends. Or, la dernière solution ne lui paraissait pas satisfaisante, parce que ces jugements, rendus hors de tout cadre juridique, ne bénéficiaient pas de l'autorité légale et ne forçaient donc pas les individus à les respecter³⁰⁴. Certains, au sein de l'administration coloniale s'opposaient totalement à la nomination de Kadhis ailleurs que dans la région côtière, parce qu'ils refusaient l'idée de rémunérer de tels magistrats en dehors des anciennes provinces musulmanes. Toutefois, ils n'excluaient pas la possibilité que les musulmans, de leur propre initiative, choisissent des Kadhis dont ils assureraient eux-mêmes la rétribution³⁰⁵. Ainsi, le principe de l'établissement de juges appliquant le droit musulman dans l'ensemble de la Colonie n'était pas condamné en soi, à condition que ces personnes, reconnues par la communauté musulmane pour agir en tant que Kadhis et officiers en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans, soient payées par la contribution directe des justiciables. Les modalités de la rémunération de ces officiers étaient, en effet, le souci majeur de l'administration coloniale, ainsi qu'en témoignent diverses correspondances. Par exemple, en 1910, R. M. Combe, l'avocat de la Couronne, écrivait :

« Son Excellence n'encourage pas la nomination de Kadhis en dehors de la Bande Côtière comme fonctionnaires salariés du Gouvernement. Il est, cependant, prêt à nommer n'importe quelle personne reconnue par la communauté musulmane dans n'importe quel district, pour être le Kadhi du district en question (...). Il [le Kadhi], en dehors de la Bande Côtière] devrait être nommé et payé par la communauté qui requiert ses services »³⁰⁶

La même année, dans un autre courrier, il expliquait encore :

« Dans la mesure où un Kadhi en dehors de la Bande Côtière ne remplit en tant que tel que les fonctions qui sont de son ressort par le droit de la religion de la communauté

³⁰⁴ « Memorandum of Objects and Reasons », signé par l'*Attorney General*, S.W.P. Foster-Sutton, 13/10/1945. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

³⁰⁵ *Secretariat Minute Paper No. 2019/1910, Kathi for Machakos*. KNA, AP/1/648, *Kathi at Machakos, Appointment of*, 1910.

³⁰⁶ « *His Excellency does not favour the appointment of Kathis outside the Coast Strip as salaried Government servants. He is, however, prepared to appoint any person recognised by the Mohamedan Community in any district to be the Kathi for such district (...). He should be appointed and paid by the Community which requires his services* ». Lettre de R.M. Combe, 14/10/1910. KNA, PC/COAST/1/3/2, *The Registration of Mohamedan Marriages and Divorces*, 1914.

musulmane pour le bénéfice de laquelle il est nommé, il semblerait normal qu'il soit désigné et rémunéré par la communauté qui a besoin de ses services »³⁰⁷

Cependant, il admettait en même temps que, dans le cas où il agissait pour l'enregistrement des mariages et divorces musulmans, le Kadhi pouvait légitimement prétendre à une rétribution gouvernementale. La question s'avérait donc délicate et, de façon plus générale, le problème concernait la reconnaissance statutaire des Kadhis : leur accorder une rémunération par les autorités coloniales, c'était aussi les admettre comme partie intégrante de l'administration.

À Nairobi, la nomination officielle d'un Kadhi fut discutée dès le début du 20^{ème} siècle. Le pouvoir colonial pressentait la nécessité d'un magistrat légalement reconnu, mais se montrait très réticent à le payer sur le budget gouvernemental. Un autre problème découlait de la diversité des communautés musulmanes de Nairobi, qui rendait difficile le choix d'un officier susceptible d'être reconnu et accepté de tous. En 1907, alors que l'administration britannique tentait de trouver un homme consensuel, deux clans somalis s'opposaient car chacun souhaitait un Kadhi originaire de son groupe. La situation se compliqua encore parce que les Swahilis et les Indiens musulmans espéraient également la désignation d'une personne issue de leur communauté³⁰⁸. L'administration se trouva par ailleurs confrontée à l'existence de « Kadhis » non-officiels, mais qui s'attribuaient ce titre et travaillaient sous ce nom sans que les autorités n'en aient connaissance. Les musulmans identifiaient en effet souvent sous le nom de « Kadhi » des oulémas en charge de la conduite de certains rituels tels que les mariages et les divorces, alors que ces personnes n'étaient pas reconnues par les autorités. Par exemple, en 1908, Sheikh Abudi bin Sheikh Kale, qui fut désigné pour travailler en tant que « Kadhi », se plaignait auprès du juge Hamilton en ces termes :

« Je suis un Kadhi à Nairobi E. A. P., avec pour fonction de juger des affaires matrimoniales et n'importe quoi ayant trait au droit musulman, ce que j'ai accepté sans aucune obligation. Il y a actuellement des Kadhis non autorisés qui jugent des personnes, célèbrent des mariages et accordent des divorces, ce dont le Gouvernement n'a aucune connaissance. Je me permets donc de vous demander de m'autoriser à poursuivre toute personne se livrant à ce type de travail sans que le Gouvernement n'en soit au courant, afin que de tels individus soient punis. Je n'ai pas le pouvoir de rendre des arrêts en relation avec le droit musulman, dans la mesure où je suis un

³⁰⁷ « *Since a Kathi outside the Coast Strip performs as such only such duties as are required of him by the law of the religion of the Mahommedan Community for whose benefit he is appointed, it would seem but right that he should be appointed and paid by the Community which requires his services* ». Lettre de l'Avocat de la Couronne au Principal Judge, 14/10/1910. KNA, AG/51/206, *Kathi for Machakos, Appointment of*, 1910-1913.

³⁰⁸ Note signée C.W.H., 13/09/1907. KNA, AP/1/368, *Appointment of Kathi for Nairobi*, 1907.

Kadhi public et les Kadhi privés corrompent la loi et ne m'écoutent pas, ni ne m'obéissent, et ils créent de la 'fitna', tendant des pièges et faisant de fausses déclarations contre moi »³⁰⁹

Dans une autre correspondance, le *District Commissioner* expliquait que Sheikh Abudi était confronté à d'importants problèmes avec les Somalis et d'autres populations dans les villages indigènes, ce qu'il expliquait par son jeune âge et son origine ethnique bajuni³¹⁰. Les Bajunis sont, en effet, une population originaire de l'île de Lamu et, dans une ville où la majorité des musulmans étaient swahilis ou somalis, Sheikh Abudi n'apparaissait pas légitime auprès de certains groupes³¹¹. D'après Hassan Mwakimako, les plaintes de Sheikh Abudi n'illustraient pas seulement ses difficultés à imposer son autorité, mais aussi la situation délicate rencontrée par les fidèles vivant au sein de communautés musulmanes pluriethniques. Selon lui encore, ces tensions se développèrent parce que les autorités coloniales souhaitaient ne nommer qu'un seul « Kadhi » pour exercer son autorité sur une population musulmane plurielle³¹². À Nairobi, le problème du statut de Sheikh Abudi fut réglé en 1910, après qu'un musulman du nom de Haji Hussein l'ait accusé de l'avoir marié à Fatuma, seulement dix jours après que celle-ci ait divorcé³¹³. L'affaire fut portée devant le *Town Magistrate* de la capitale, assisté pour l'occasion par l'*Assistant Liwali* de Mombasa et, après avoir été reconnu coupable, le Kadhi de Nairobi fut démis de ses fonctions³¹⁴. Mais de nouveau, des problèmes émergèrent en 1914, après le décès d'un autre Kadhi, à propos du choix de son successeur. Dans un premier, temps, le *District Commissioner* consulta des représentants des différentes composantes de la population musulmane, afin de trouver un postulant acceptable par tous. Malgré tout, ses efforts restèrent vains et il demanda l'avis du *Sheikh-ul-Islam*, pour choisir un homme originaire de la Côte, avec l'espoir que les « fitna » seraient atténuées par la

³⁰⁹ « I am a Kathi at Nairobi, E. A. P. for the purpose of deciding matrimonial cases and anything which refers to the Mohamedan Law, I agreed to this without compulsion. There are, now, unauthorized Kathis who are adjudging people, performing marriage and granting divorce to people, of whom the Government has no knowledge. I request you to be pleased to allow me to prosecute anyone who does this without the knowledge of the Government in order to get these people punished. I have no power to pass any order connected with Mohamedan Law, as I am a public Kathi and the private Kathis are corrupting the Law and they do not listen or obey me, and they are making 'fitna', making tricks and making false statements against me (...) ». Lettre de Sheikh Abudi bin Sheikh au Juge Hamilton, 29/11/1908. KNA, AP/1/501, *Kathi Nairobi, Papers relating to*, 1908.

³¹⁰ Lettre du *District Commissioner* au *Provincial Commissioner*, 02/02/1919. KNA, AP/1/501, *Kathi Nairobi, Papers relating to*, 1908.

³¹¹ Lettre de l'*Acting Principal Judge* au Secrétaire de l'Administration, 22/11/1909. KNA, AP/1/501, *Kathi Nairobi, Papers relating to*, 1908.

³¹² MWAKIMAKO, H., 2002, *op. cit.*, pp. 35-65.

³¹³ En droit musulman, une femme divorcée (ou veuve) n'a pas le droit de se remarier avant trois menstruations, période désignée sous le nom d'*Edda*.

³¹⁴ Lettre de R.W. Hamilton, *Principal Judge*, au Secrétaire de l'Administration, Nairobi, 04/08/1910. KNA, AP/1/501, *Kathi Nairobi, Papers relating to*, 1908.

nomination d'une personne n'ayant jamais exercé à Nairobi et qui aurait l'appui du *Sheikh-ul-Islam*³¹⁵. Néanmoins, la rémunération posait de nouveau problème car le refus du Gouvernement de rétribuer le titulaire de la fonction amplifiait la difficulté de trouver un candidat³¹⁶.

Parallèlement, le statut du « Kadhi » de Nairobi était assez flou, puisque, malgré son appellation, le Cheikh n'était pas un magistrat à proprement parler, mais un simple officier en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans. En 1914 J. W. Barth, l'*Attorney General*, affirmait d'ailleurs que la *Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Ordinance* de 1906 ne reconnaissait pas l'existence de Kadhis en dehors de la région côtière, mais acceptait des individus chargés de délivrer les certificats de mariage et de divorce, désignés sous le terme de « *Registrars* » en anglais³¹⁷. En outre, le Kadhi qui officiait dès 1907 dans la capitale ne possédait pas de tribunal à proprement parler et n'était pas autorisé à délivrer de jugements³¹⁸. Ainsi, d'après J. W. Barth, la nomination après 1907 de deux Kadhis, Sheikh Abudi puis Sheikh Ali Hassan, allait, légalement, à l'encontre de la politique gouvernementale³¹⁹. En pratique, ces « Kadhis » étaient plus des conseillers ou des arbitres, dont les décisions n'engageaient les parties en conflit que si celles-ci le souhaitaient. Dépourvus de statut légal, il leur était difficile de forcer des plaideurs récalcitrants à suivre leurs recommandations et, en cas de non respect du verdict, les parties se retrouvaient dans l'obligation de soumettre leurs différends à la Haute Cour pour un règlement juridique formel³²⁰. Pourtant, ces Kadhis étaient reconnus comme tels par les fidèles et, même au sein de l'administration coloniale, ils étaient souvent désignés ainsi³²¹. C'est pourquoi Hassan Mwakimako suggère d'appeler ces officiers musulmans « *pas vraiment Kadhi* », dans la mesure où Nairobi faisait partie de la Colonie, pas du Protectorat, et que par conséquent, l'institutionnalisation du droit relevait de la prérogative exclusive des officiers britanniques³²². Mais la situation demeurait complexe pour les migrants musulmans en provenance du

³¹⁵ Lettre du *District Commissioner*, Nairobi, au Greffier de la Haute Cour, Mombasa, 14/04/1914. KNA, AP/1/892, *Kathi for Nairobi*, 1914.

³¹⁶ Lettre de R.W. Hamilton, *Chief Justice*, au *District Commissioner*, Nairobi, 16/05/1914. KNA, AP/1/892, *Kathi for Nairobi*, 1914.

³¹⁷ Courrier de J.W. Barth, *Attorney General* à l'*Acting Chief Secretary*, 09/09/1914. KNA, AG/51/205.

³¹⁸ KNA, AP/1/368.

³¹⁹ Lettre de J.W. Barth, *Attorney General*, à l'*Acting Chief Secretary*, 14/09/1914. KNA, AG/51/205.

³²⁰ Lettre du *District Commissioner*, Nairobi, au Greffier de la Haute Cour, Mombasa, 21/06/1915. KNA, AP/1/892, *Kathi for Nairobi*, 1914.

³²¹ Par exemple, il est désigné comme « *Government Kadhi* » dans une lettre du *Principal Judge*, R.W. Hamilton, au *Lieutenant Governor*, 07/12/1908. KNA, AP/1/501, *Kathi Nairobi, Papers relating to*, 1908.

³²² MWAKIMAKO, H., 2002, *op. cit.*, pp. 35-65.

Protectorat et établis dans la capitale, car ils étaient habitués, sur la Côte, à un traitement particulier. Aussi, par compromis, un officier en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans fut désigné. Néanmoins, l'arrangement ne pouvait pas satisfaire les musulmans qui, dès 1915, recommencèrent à faire pression pour la nomination d'un Kadhi officiel, c'est-à-dire d'un juge exerçant ses fonctions dans un tribunal.

Ce n'est pourtant qu'à compter de la fin des années 1930, que la création d'un tribunal à proprement parler fut envisagée. Le problème tenait à la *Courts Ordinance* de 1931, qui ne permettait pas l'établissement de telles institutions en dehors des districts de la Côte, même s'il était admis par plusieurs fonctionnaires coloniaux que l'instauration d'une telle cour de justice dans la capitale s'avérait nécessaire³²³. De nouveau, en 1939, la question fut débattue et l'*Attorney General* proposa de modifier la *Courts Ordinance* de 1931, afin que le texte ne limite plus la juridiction des tribunaux de Kadhis aux seuls districts côtiers, mais à condition qu'il précise en outre que les cours ainsi établies ne pourraient pas rendre de verdict en matière criminelle³²⁴. Ainsi, en 1945, la *Courts Ordinance* de 1931 fut amendée par l'Ordonnance 43/45 XLIII, permettant la nomination de Kadhis en dehors de la Province côtière. Néanmoins, l'idée ne gagna pas le soutien unanime des membres de l'administration et, lors des débats précédant le vote de l'amendement, Beecher, l'un des membres du *Legislative Council* affirma craindre que la présence de Kadhis dans les zones où les musulmans ne constituaient pas la majorité n'entraîne des conflits entre le droit islamique et les coutumes indigènes. Toutefois, l'adoption de l'ordonnance ne modifia pas fondamentalement la situation à Nairobi puisque ce n'est qu'après l'indépendance qu'un tribunal de Kadhi fut établi car, dans un premier temps, il était prévu de n'étendre la loi de 1931 qu'au *Northern Frontier District*³²⁵.

b. Un tribunal pour une région largement musulmane : le cas de la Province du Nord-Est.

La nomination d'un Kadhi pour les districts de la région du Nord-Est se posait avec une acuité toute particulière puisque la population y était en majorité de confession islamique. Dans cette zone, comme à Nairobi, des « Kadhis » agissaient de manière informelle, mais

³²³ C'est par exemple l'opinion exprimée par le *Provincial Commissioner* de la Province Centrale dans un courrier adressé au Greffier de la Haute Cour, Nairobi, 09/01/1939. KNA, AP/1/892, *Kathi for Nairobi*, 1914.

³²⁴ Lettre de H. C. Willan, *Attorney General*, au *Chief Secretary*, 09/03/1939. KNA, AG/12/21, *The Courts (Jurisdiction of Kadis) Ordinance*, 1929.

³²⁵ Lettre de R.G. Turnbull (*Secretariat*, Nairobi) à Hunter, *Provincial Commissioner*, Nyanza, 13/04/1946. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

dans le respect de la loi coranique, pour régler les différends qui opposaient des musulmans. Là encore, ce pouvoir échappait à tout contrôle gouvernemental, c'est pourquoi il fut suggéré de conférer à certains musulmans, qui agiraient en tant que Kadhis, une juridiction équivalente à celle des juges de la Côte³²⁶. Globalement, les questions soulevées étaient les mêmes que pour Nairobi, concernant la rémunération et les fonctions de la personne qui serait désignée pour ce poste. À l'origine, il était envisagé de nommer un Kadhi, établi à Isiolo, mais dont la juridiction s'étendrait à toute la région. En 1936, le *District Commissioner* d'Isiolo proposait ainsi que l'officier de l'état civil en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans, en plus des tâches qui étaient déjà les siennes, soit désigné comme Kadhi pour la province du Nord-Est. Pour ne pas trop peser sur le budget de l'administration coloniale, il suggérait que ce « Kadhi » ne soit pas rémunéré par les autorités britanniques, mais perçoive, à titre de compensation, les contributions versées par les justiciables³²⁷. Dans un autre courrier, il expliquait :

« Actuellement, un Kadhi non officiel tente de régler les différends qui touchent aux questions de mariage, de divorce et de succession mais, n'ayant pas d'autorité légale pour ce faire et traitant comme il le fait avec des tribus diverses et factionnées, son travail se limite généralement à du simple arbitrage et est le plus souvent totalement gaspillé. Je pense néanmoins qu'il est parfaitement qualifié par son statut personnel de cheikh et de chef religieux de la communauté (...). Ma suggestion serait donc d'enregistrer Sheikh Omar bin Ismail comme Kadhi d'Isiolo, avec des pouvoirs correspondant aux dispositions de la Section 18 de la *Courts Ordinance* 1931, à condition qu'il n'exerce sa juridiction que sur les Somalis (...). Je considère qu'une telle action concourrait à donner aux Somalis une plus grande cohérence et un plus grand respect pour le droit et les plus responsables d'entre eux apprécieraient ce geste comme un pas pour encourager leurs institutions traditionnelles, de la même façon que cela a été fait dans la région côtière, afin de mettre un peu d'ordre dans la vie d'une communauté sinon désordonnée. (...) J'en arrive donc à la conclusion que le soutien au droit musulman contribue au maintien d'une communauté musulmane cohérente et fidèle à la loi et que, à moins que ces institutions juridiques ne soient reconnues par le Gouvernement, l'administration de ces populations, qui a été décrite par l'Officier-en-charge comme l'un des problèmes les plus pressants du futur du Kenya, ne sera rendue de plus en plus difficile à mesure que le temps passe »³²⁸

³²⁶ Courrier de l'*Acting Senior Commissioner, Northern Frontier Province* au Registrar, Supreme Court, Nairobi, 26/02/1927. KNA, AP/1/720, *Mahomedan Marriages*.

³²⁷ Lettre du *District Commissioner*, Isiolo, 14/01/1936. KNA, DC/ISO/11/4, *Marriage, Divorce and Succession/Appointment of Kadhis and Registrars*.

³²⁸ « At present an unofficial Kadhi attempts to settle disputes in connection with marriage, divorce and succession, but having no legal authority to do so and dealing as he is with mixed and factious tribes his work generally becomes mere arbitration and often utterly wasted. I think however that he is perfectly qualified by his personal position of Sheikh and religious head of the community (...). My suggestion is therefore that Sheikh Omar bin Ismail be gazetted Kadhi of Isiolo with powers in accordance with Section 18 of the Courts Ordinance 1931 providing that he should have no jurisdiction over anyone but Somalis (...). I consider that this action would tend to give the Somalis a greater coherence and respect for the law and the more responsible among them would appreciate it as a step to encourage their traditional institutions in the same way as has been done at the Coast and to bring order into the life of an otherwise orderless community (...). I have come to the

L'institutionnalisation des tribunaux de Kadhis se concevait donc comme un problème administratif, dans le cadre de la gestion des populations musulmanes et de leur relation au pouvoir central. De plus, l'idée de désigner un officier de droit coranique pour la province du Nord-Est s'inscrivait dans la politique coloniale de décentralisation de l'autorité et de gouvernement indirect. De façon intéressante, cette nomination était aussi envisagée comme un moyen de « *faire observer la loi musulmane au sein d'une communauté musulmane qui se détériore progressivement et perd sa force de credo social* »³²⁹.

Ainsi, dans la région du Nord-Est, la cohésion de la population musulmane locale apparaissait comme un souci majeur et le principal problème quant au choix du Kadhi concernait son origine ethnique. La zone, qui correspond aux districts actuels de Garissa, Wajir, Ijara et Mandera dans le Nord-Est, ainsi qu'aux districts d'Isiolo, Moyale et Marsabit dans l'actuelle Province de l'Est, était en grande majorité peuplée de musulmans d'ethnie somalie. Il était donc considéré qu'un Kadhi originaire de ce groupe serait plus légitime et donc mieux accepté. En 1964, J. G. Mburu, le *Civil Secretary* pour la région du Nord-Est expliquait, dans un courrier au Greffier de la Cour Suprême de Nairobi, que la zone requérait un Kadhi SOMALI et non pas un Arabe ou un musulman issu d'une autre ethnie. La raison en était surtout pratique, étant donné qu'un Kadhi non somali aurait besoin d'un interprète pour comprendre ses justiciables, alors que la nomination d'un Somali éviterait ce problème et permettrait de réaliser des économies³³⁰. L'administration avait également pour souci de savoir si l'individu qu'elle choisirait serait accepté par la population somalie locale, divisée en une multitude de clans. Dans un courrier adressé au *District Commissioner* d'Isiolo, des habitants de la ville, affirmant s'exprimer au nom de la « section Haber Gello Ishakia », expliquaient ainsi ne pas consentir à la désignation comme Kadhi de Sheikh Omar bin Ismail, l'homme qui avait pourtant les faveurs des Britanniques car, d'après eux, le cheikh se trouvait

conclusion that the upholding of Mahomedan law is part and parcel with the maintenance of a Mahomedan community as a coherent and law abiding whole, and that unless its legal institutions are supported by Government, the administration of these people, which has been described by the officer-in-Charge as one of the most pressing of Kenya's future minor problems will be rendered more and more difficult as time goes on (...) ». Lettre du *District Commissioner*, Northern Frontier District, à l'*Attorney General*, 08/04/1942: « *Appointment of Kadhi, Isiolo* ». KNA, DC/ISO/11/4, *Marriage, Divorce and Succession/Appointment of Kadhis and Registrars*.

³²⁹ « *...To uphold the authority of Mohammedan law in a Mohammedan community which is steadily deteriorating and losing its force as a social creed* ». Lettre de T.G. Askwith, *District Commissioner* d'Isiolo à l'Officier-en-Charge, Northern Frontier District, 11/11/1942. KNA, DC/ISO/11/4, *Marriage, Divorce and Succession/Appointment of Kadhis and Registrars*.

³³⁰ J.G. Mburu (*Civil Secretary, North Eastern Region*) au Greffier de la Cour Suprême, Nairobi, 19/12/1964. KNA, DC/GRS/3/7/19, *Daily File of December 1964 (North Eastern Region)*.

à l'origine de troubles entre les différentes tribus³³¹. Dans cette région, le choix d'une personnalité susceptible de faire l'objet d'un consensus auprès des habitants fut donc une préoccupation majeure, d'autant plus que le poste de Kadhi était envisagé comme un instrument potentiel d'unification des différents clans somalis. C'était en tout cas l'opinion qu'exprimait le *District Commissioner* d'Isiolo dans une lettre adressée à l'Officier-en-Charge du District de la Frontière du Nord-Est en 1942, lorsqu'il expliquait que la nomination d'un Kadhi :

« ... pourrait avoir pour effet d'aider à unifier les Isaack et à décourager leurs intrigues. J'ai peu de doutes que les Darod se mettraient d'accord pour un tel homme. Un homme étranger nommé et choisi par le Gouvernement aurait, je pense, l'avantage de commencer son travail avec des mains propres et de ne pas être engagé dans les intrigues sans fin d'Isiolo. Je pense qu'un Somali serait préférable à un Arabe, dans la mesure où il comprendrait mieux leur langage et leur mode de pensée et il se pourrait que, si un Arabe était nommé, les Somalis se sentent offensés, pensant qu'ils n'étaient pas considérés comme capables de se gouverner eux-mêmes »³³²

Finalement, par une note dans la *Kenya Gazette* du 15 janvier 1946, un Kadhi fut désigné à Isiolo, avec juridiction sur l'ensemble du *Northern Frontier District*. Sheikh Omar ne fut pas choisi, mais c'est un homme connu sous le nom de Sheikh Abdulla bin Ali qui lui fut préféré³³³. Cette situation créa une sorte de précédent puisque, dans le Nyanza, les musulmans souhaitèrent à leur tour la reconnaissance d'un tribunal de Kadhi.

c. Un Kadhi pour une zone à minorité musulmane : la Province du Nyanza.

Dans cette région, un cheikh appelé Sheriff Omari bin Abdullah agissait dès les années 1910 en tant que « Kadhi » non-officiel. Ici encore, aux yeux de l'administration, sa position était plus celle d'un officier en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans, poste pour lequel il fut d'ailleurs désigné comme officier non rémunéré et qu'il

³³¹ Lettre du 10/05/1942. KNA, DC/ISO/11/4, *Marriage, Divorce and Succession/Appointment of Kadhis and Registrars*.

³³² « *This might have the effect of helping to unite the Isaak and to discourage their intrigues. I have little doubt that the Darod would also agree to such a man. An outside man appointed and chosen by Government I think would have the advantages of finding one who starts with clean hands and who has not become involved with the endless intrigues of Isiolo. A Somali would be better than an Arab, I think, since he would understand their language and mode of thought and it might be that if an Arab were appointed the Somalis might later feel offended that they were not considered capable of governing themselves* ». Lettre du *District Commissioner* à l'Officier-en-Charge, *Northern Frontier District*, 26/05/1942. KNA, DC/ISO/11/4, *Marriage, Divorce and Succession/Appointment of Kadhis and Registrars*.

³³³ Lettre de P.J. de Bromhead, *District Commissioner*, à l'Officier-en-Charge, *Northern Frontier District*, datée du 14 juillet 1945 et Note Gouvernementale No. 22, *Official Gazette*, 15/01/1946. KNA, DC/ISO/11/4, *Marriage, Divorce and Succession/Appointment of Kadhis and Registrars*.

occupa pendant plus de 20 années, au cours desquelles il remplit également les fonctions d'un Kadhi³³⁴. En 1945, peu avant l'amendement de la *Courts Ordinance* de 1931, le *District Commissioner* discuta sérieusement avec les leaders de la communauté musulmane du North-Kavirondo de l'éventuelle nomination d'un Kadhi à Mumias. Le problème était encore une fois que l'existence légale des Kadhis était uniquement prévue pour les districts de la Côte et le *District Commissioner*, se montrant très ouvert à la possibilité de nommer un Kadhi pour la région, estimait que la loi de 1931 n'était plus adaptée et devrait être modifiée pour que des Kadhis puissent être postés partout où cela paraissait justifié³³⁵. De plus, à Mumias, l'officialisation d'un juge de droit musulman s'avérait d'autant plus facile que Sheriff Omari bin Abdullah agissait déjà pratiquement comme tel. Il restait donc juste à légaliser sa fonction, ce qui fut proposé dès après l'amendement de la *Courts Ordinance* de 1931. Cependant, supérieur hiérarchique du *District Commissioner*, le *Provincial Commissioner* du Nyanza ne se montrait pas aussi favorable à la création d'un poste de Kadhi à Mumias. Pour lui, la nomination de Sheriff Omari comme simple Officier en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans paraissait amplement suffisante et il suggérait que les différends matrimoniaux ou successoraux des fidèles continuent à être jugés par le tribunal de Mumias³³⁶. Dans un courrier adressé à un conseiller juridique de l'*Attorney General* en 1947, il justifiait sa position comme suit :

« La question de la nécessité d'un tribunal musulman à Mumias, dans le North-Kavirondo s'est de nouveau posée. En 1934, un *Township Native Tribunal* y fut établi, en charge, entre autres choses, d'*'exercer sa juridiction sur les musulmans de sang africain dans le district du North-Kavirondo dans les affaires de mariage et de divorce, mais pas en ce qui concerne les problèmes de dot'*. Le tribunal exerce également la juridiction normale d'une cour indigène. Son président est Sharifu Omari, qui est reconnu et payé comme officier en charge de l'enregistrement des mariages musulmans. Le tribunal n'est pas très efficace et il existe un désir général de le reconstituer sur le même modèle que les autres tribunaux avec juridiction sur les musulmans seulement. Le *District Commissioner* a demandé si sa compétence civile pouvait être limitée aux différends de droit musulman et sa juridiction criminelle aux délits contre la religion musulmane. Il me semble que ce qui est demandé est un tribunal de Kadhi. Seul un Kadhi peut officiellement avoir la juridiction civile telle que demandée et je doute que les délits 'contre la religion musulmane', si ce n'est d'après les sections 127-131 du Code Pénal, soient criminels ; la validité de n'importe quelle amende imposée pour de tels délits moraux contre les principes musulmans

³³⁴ Lettre du *Provincial Commissioner*, Nyanza au *Colonial Secretary*, Nairobi, 12/03/1937. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

³³⁵ Lettre du *District Commissioner*, North-Kavirondo, au *Provincial Commissioner*, Nyanza Province, 14/07/1945. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

³³⁶ K.L. Hunter, *Provincial Commissioner*, Nyanza, au *District Commissioner*, North-Kavirondo, 11/12/1946. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

semblerait plus que douteuse. Lorsque l'ordonnance No. 43/45 fut introduite, permettant l'existence d'un tribunal de Kadhi en dehors des districts de la Côte, une assurance fut donnée que cela serait simplement appliqué pour le temps présent dans le *Northern Frontier District* ; des objections ont été soulevées selon lesquelles, ailleurs, le droit musulman et le droit indigène pourraient être en conflit. Il y a eu plusieurs tentatives pour nommer un Kadhi à Mumias avant l'introduction de cette ordonnance d'Amendement 43/45, mais cela a toujours été refusé et cela semble toujours impossible, en vertu de la garantie à laquelle je me suis référé »³³⁷

Son point de vue ne fut pourtant pas suivi puisque le 8 novembre 1947, la note gouvernementale No. 1068 désigna Sheriff Omari comme Kadhi³³⁸. Il fut seulement décidé de limiter sa juridiction aux affaires civiles.

La nomination officielle d'un Kadhi à Mumias ne mit cependant pas un terme aux débats. Tout comme dans le Nord-Est, le choix du premier Kadhi ne fut pas sans soulever certaines oppositions, liées au fait que le titulaire du poste, Sheriff Omari bin Abdullahi, était un Arabe. Quelques mois après sa désignation, un dénommé Abdallah envoya au Gouverneur, au *Provincial Commissioner* du Nyanza et au *District Commissioner* de Kakamega, une pétition signée au nom des musulmans de Wanga-Mumias. Il s'y plaignait du fait qu'un Arabe avait été choisi pour le poste et affirmait ne pas accepter le nouveau Kadhi³³⁹. Toutefois, l'administration lui répondit que le choix des Kadhis relevait de la compétence exclusive du Gouvernement, qui ne prenait pas en compte la « race » des prétendants au poste, mais

³³⁷ « The question has again arisen of the necessity for a Mohamedan court at Mumias in North Kavirondo. In 1934 a Township Native Tribunal was set up there endorsed, amongst other things, to 'exercise jurisdiction over Mohamedans of African blood in the district of North Kavirondo in cases of marriage and divorce but not of bride-price'. The tribunal also exercises the normal jurisdiction of Native Tribunals. Its president is Sharifu Omari, who is recognised and paid as registrar of Mohamedan Marriages. The tribunal is not very efficient and there is a general desire to reconstitute it on the same lines as other tribunals with jurisdiction over Mohamedans only. The District Commissioner has asked if its civil jurisdiction could be confined only to cases arising out of Mohamedan Law, and criminal jurisdiction to offences 'against Mohamedan religion'. It appears to me that what is wanted is a Kathi's Court. Only a Kathi can officially be given the civil jurisdiction required and I am doubtful if any offences against the Mohamedan religion, save under sections 127-131 of the Penal Code are criminal ; the validity of any fines imposed for such moral offences against Mohamedan tenets would seem to be more than doubtful. When Ordinance No. 43/45 was introduced, which allowed a Kathi's Court outside the Coast districts, an assurance was given that it would only be applied at present in the Northern Frontier District ; objections having been raised that elsewhere Mohamedan and Native law might conflict. There have been several attempts to appoint a Kathi at Mumias previous to the introduction of this amending Ordinance 43/45, but this has always been refused and still seems impossible in the light of assurance I have referred to ». Lettre du Provincial Commissioner, Nyanza, à un conseiller juridique, bureau de l'Attorney General, Nairobi, 20/05/1947. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

³³⁸ KNA, PC/NZA/3/18/29.

³³⁹ Pétition datée du 29/02/1948. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

uniquement leurs aptitudes³⁴⁰. En outre, la personnalité même du titulaire du poste de Kadhi de Mumias ne souleva pas autant de problèmes que dans le NFD. Seul peut-être le *District Commissioner* du Nyanza remit en cause les compétences de Sheriff Omari après sa nomination³⁴¹. Cependant, après avoir été interrogé par Ali Ahmed Badawy, qui était alors Chief Kadhi, à Mombasa, il fut admis que Sheriff Omari possédait une connaissance suffisante du droit musulman pour exercer son travail³⁴². En revanche, la localisation du tribunal suscita plus de débats, le site de Mumias, assez excentré, n'apparaissant pas comme le plus satisfaisant aux yeux de l'administration. La ville constituant un important centre de commerce et une large population musulmane y étant établie de longue date, les habitants y souhaitaient la création d'un tribunal de Kadhi. Mais pour la hiérarchie coloniale, le lieu le plus approprié se trouvait auprès du siège central du district qui, dans le cas du Nyanza, se situait à Kisumu. En conséquent, dès 1949, il fut envisagé de transférer l'administration kadhiale de Mumias à Kisumu, à condition que le magistrat se déplace de temps en temps dans les autres localités du Nyanza peuplées de musulmans, voire dans certaines zones de la Rift Valley³⁴³. Le tribunal fut donc transféré à Kisumu en 1950 et des visites régulières aux sièges administratifs centraux des différents districts furent prévues³⁴⁴. Cependant, en 1957, le *District Commissioner* de Nakuru se plaignait de l'absence d'un Kadhi dans son district et s'interrogeait sur la possibilité qu'une fois tous les trois mois, le juge en poste à Kisumu se déplace pour une semaine dans sa ville, afin de régler les différends qui se posaient entre musulmans³⁴⁵. Il semble donc que le magistrat de Kisumu n'effectuait pas les déplacements prévus en dehors de la Province du Nyanza. La raison tenait sans doute à la difficulté financière d'organiser ces expéditions, le statut des Kadhis, en dehors du Protectorat, étant assez précaire. Par exemple, en 1957, le juge en poste à Kisumu se plaignait de ne pas disposer de véritable bureau et expliquait devoir partager une table avec le clerc du tribunal,

³⁴⁰ Lettre du *Chief Native Commissioner* au *Provincial Commissioner*, Nyanza, 14/04/1948. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

³⁴¹ Lettre du *District Commissioner*, Nyanza, au *Provincial Native Courts Officer*, Nyanza Province, 30/08/1949, KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

³⁴² Lettre de Ali Ahmed Badawy, *Chief Kadhi*, au *District Commissioner*, Mombasa, 17/06/1950. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces- Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

³⁴³ Lettre de T.A. Watts au nom du *Provincial Commissioner*, Nyanza, adressée au *District Commissioner*, North Nyanza, 10/03/1950. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces -Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

³⁴⁴ Lettre du *Provincial Commissioner*, Nyanza, aux *District Commissioners* de Kakamega, Kisumu, Kisii et Kericho, 19/08/1950. KNA, PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces -Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950.

³⁴⁵ Lettre du *District Commissioner*, Nakuru, au *District Commissioner*, Kisumu, 15/02/1957. KNA, DC/KSM/1/19/228, *Marriages and Cases*, 1951-1957.

ce qui rendait son travail très inconfortable³⁴⁶. Face à de telles difficultés, il est évident qu'il n'avait pas les ressources nécessaires pour se déplacer en dehors de son district.

Après la relocalisation de ce tribunal à Kisumu, peu avant l'indépendance, sept juridictions de Kadhi étaient officiellement établies. Cinq se situaient dans la Province côtière, soit deux à Mombasa, une à Takaungu, une à Lamu, et une à Malindi ; une était établie dans l'Ouest, à Kisumu, et une se trouvait dans le Nord, à Isiolo³⁴⁷. Aussi, lors de l'accès du Kenya à l'indépendance, la réorganisation de l'administration souleva, entre autres questions, le problème du maintien de ces institutions propres aux musulmans et de leur inclusion au système judiciaire.

III- Le maintien des tribunaux de Kadhi à l'indépendance : le résultat d'un compromis politique.

L'indépendance du Kenya fut proclamée le 12 décembre 1963 et le pays devint une République au sein du Commonwealth un an plus tard. Alors que sous la colonisation, les Britanniques avaient mené une politique visant à assurer la supériorité du droit et des juridictions d'inspiration anglaise, l'indépendance ne fut pas marquée par l'introduction d'un système « plus africain ». Au contraire, dans de nombreux domaines, les caractéristiques de l'ordre juridique colonial furent maintenues³⁴⁸. De façon générale, en Afrique, les chefs des mouvements nationalistes des années 1950 souhaitaient la construction de systèmes juridiques nationaux assimilant le droit d'inspiration européenne et les divers droits coutumiers unifiés³⁴⁹. Dans les États naissants, plusieurs facteurs pouvaient alors justifier la volonté d'une unification du droit, mais l'un des motifs essentiels était politique, reposant sur l'idée selon laquelle ceci contribuerait au renforcement de l'unité nationale et à l'égalité de tous les citoyens devant la loi.

Au Kenya, la réforme entamée dès la fin de la période coloniale, aboutit en 1967 au vote du *Magistrate's Courts Act*, qui établit le modèle de tribunaux encore en vigueur

³⁴⁶ Lettre du Kadhi en poste à Kisumu, au *District Commissioner* de Kisumu, 28/03/1957. KNA, DC/KSM/1/19/228, *Marriages and Cases*, 1951-1957.

³⁴⁷ Lettre du *Provincial Commissioner* pour la Côte à l'*African Courts Officer*, 23/03/1962, KNA, CA/9/96, *Muslim Subordinate Courts*.

³⁴⁸ GHAI, Y.P. et Mc AUSLAN, J.P.W.B., 1970, *op. cit.*, p. 359.

³⁴⁹ CHANOCK, M., 1992, *op. cit.*, p. 54.

aujourd'hui. La législation conduisit à une unification des cours de justice, à l'abolition de la hiérarchie séparée des tribunaux africains et à la suppression des postes de *Liwalis* et de *Mudirs*. Malgré ces changements et même si les élites soutenaient le sécularisme afin d'éviter les conflits religieux et de promouvoir l'intégration nationale³⁵⁰, le gouvernement continua à admettre la place particulière du droit islamique, en maintenant les juridictions kadhiales³⁵¹.

La reconnaissance constitutionnelle des juridictions de droit musulman devint alors l'objet de tractations politiques, en raison des pressions des populations arabes et swahilies de la Côte, qui avaient bénéficié d'un traitement particulier sous la colonisation et qui craignaient une dégradation de leur position dans le nouvel État indépendant. L'application de la loi coranique fut aussi un enjeu politique lors des tentatives d'unification des législations en matière de mariage, de divorce et d'héritage, à la fin des années 1960. Il convient donc ici de réfléchir aux raisons qui poussèrent au maintien de ces institutions, appliquant un droit spécifique et allant à l'encontre de la politique générale d'intégration judiciaire. De plus, il importe de se demander sous quelles conditions ces tribunaux furent inclus au système judiciaire puisque, de façon générale, toute situation de pluralisme juridique ainsi créée introduit de nombreux problèmes légaux, liés à la détermination des circonstances dans lesquelles le droit d'un sous-groupe peut s'appliquer, à la définition des individus auxquels cette loi s'applique, ou encore au choix des domaines dans lesquels ces différentes normes peuvent être acceptables et acceptées³⁵².

1) L'avenir incertain des tribunaux de droit musulman au moment de l'accession à l'indépendance.

L'impact de l'islam sur une société ne se manifeste pas seulement sur le plan idéologique ou spirituel, mais également dans le domaine socio-économique : en Afrique de l'Est, cette religion a amené une cohésion et un degré d'homogénéité à la culture des îles et de la Côte, constituant un des piliers de la société swahilie. Mais dans le même temps, la civilisation basée sur l'islam a créé de nouvelles barrières ethniques, exacerbées par la préférence que les colonisateurs portèrent aux Arabes et, dans une moindre mesure, aux

³⁵⁰ HALLENCREUTZ, C.F. et WESTERLUND, D., « Introduction. Anti-Secularist Policies of Religion », in WESTERLUND, D. (ed.), *Questioning the Secular State. The worldwide Resurgence of Religion in Politics*, London : Hurst and Company, 1996, pp. 3-4.

³⁵¹ BROWN, B.B., 1993, *op. cit.*, pp. 94-101.

³⁵² MERRY, S.E., 1988, *op. cit.*, p. 871.

Indiens. Ces tensions se manifestèrent peu avant les indépendances, en Tanzanie et au Kenya, où les populations arabes et indiennes redoutaient la perspective d'un gouvernement « noir »³⁵³. Au Kenya, l'avenir de la Bande Côtière représenta aussi un enjeu d'une très grande importance, pour des raisons économiques et stratégiques, liées au fait que Mombasa, le plus grand port du pays et un des principaux centres navals en Afrique de l'Est, constituait la ville majeure de la région. L'avenir de la Côte était ainsi primordial non seulement pour le futur Kenya indépendant, mais également pour toute l'Afrique de l'Est et même pour l'ensemble des pays du Commonwealth. Or, étant donné que les populations de la région étaient pour une grande part musulmanes, des questionnements émergèrent au sein de l'administration coloniale sur la place à accorder aux institutions de droit coranique, dans la perspective d'une unification administrative imminente entre la Colonie et le Protectorat.

Alors que le pays gagnait son indépendance, le Gouvernement se retrouva dans une situation difficile vis-à-vis des populations musulmanes, ayant d'une part à régler le sort de la Bande Côtière et l'avenir de l'accord de 1895 signé avec le Sultan de Zanzibar, et d'autre part, à faire face à l'éventualité d'un conflit armé dans la région du Nord-Est, où des velléités sécessionnistes se manifestaient. C'est pourquoi, alors que les deux régions à prédominance musulmane avaient joui d'un statut à part pendant plus de soixante-dix années de colonisation, au moment où le nouveau gouvernement envisageait une unification administrative, il lui semblait difficile de ne pas conférer aux populations islamiques un traitement spécifique. Un des outils de négociation fut d'utiliser les juridictions de droit coranique comme une garantie du respect de la culture des musulmans, transformant ces institutions et leur statut en une question politique.

a. Les positions de l'administration coloniale en faveur d'un rattachement des institutions de droit musulman au système judiciaire.

Peu avant l'indépendance, le souci majeur des Britanniques n'était pas tant de savoir s'il fallait conserver les institutions de droit musulman, mais plutôt de décider si elles devaient ou non être intégrées au système judiciaire. La majorité des fonctionnaires coloniaux penchaient en faveur du maintien de ces tribunaux spéciaux, même si, ainsi que l'expliquait en 1961 le *Deputy Chief Secretary*, leur repositionnement sous le contrôle direct d'un ministre

³⁵³ AZEVEDO, M. et PRATER, G.S., « The Minority Status of Islam in East Africa : A Historio-Sociological Perspective », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, Volume 12:2, July 1991, p. 492.

aurait pu faire craindre aux musulmans, en particulier dans la région côtière, que leurs cours ne soient abolies ou remaniées après l'indépendance³⁵⁴. Malgré ces appréhensions, la solution privilégiée était l'intégration de ces institutions au système judiciaire et, en 1962, D. W. Hall, le *Provincial Commissioner* pour la Côte expliquait :

« En ce qui concerne les Kadhis, je serais favorable à leur rattachement à l'administration du *Chief Justice*, et je pense qu'il faudrait améliorer leur statut autant que possible. Dans ce domaine, il y aurait intérêt à ranimer le poste de Chief Kadhi, à condition qu'un homme convenable puisse être trouvé, qui serait responsable auprès du *Chief Justice* de toutes les questions liées aux Kadhis. (...) Je ne recommanderais pas de retirer aux Kadhis leur juridiction criminelle, mais plaiderais plutôt pour une amélioration de leur connaissance et de leur qualité, afin qu'ils puissent se charger de certains litiges pénaux portés devant les *Liwalis*, les *Mudirs* et même les *District Officers* (...) »³⁵⁵

Parallèlement, à l'issue d'une réunion tenue dans le cabinet du *Chief Justice* à Nairobi, il fut suggéré, d'une part, d'abolir les tribunaux de *Liwalis* et de *Mudirs* mais, d'autre part, de maintenir les juridictions kadhiales, à condition que leurs attributions se limitent aux affaires civiles, dans les cas où toutes les parties sont de confession islamique. En plus des stricts problèmes de statut personnel, il était envisagé d'accorder aux Kadhis le pouvoir de juger certaines affaires civiles mineures et il était recommandé de ne pas instituer de différence entre les tribunaux établis dans la Province Côtière et ceux créés en dehors de cette zone³⁵⁶. Enfin, le rapport de cette réunion indiquait qu'un Chief Kadhi devrait être nommé et qu'il serait préférable de rattacher les juridictions de droit coranique au système judiciaire³⁵⁷. Sur le même thème, dans un courrier adressé au *Provincial Commissioner* de la Côte en 1962, H. de Warrenne Waller (*African Court Officer*) se prononçait en faveur du maintien officiel du poste de Chief Kadhi et suggérait que son titulaire soit responsable de la surveillance et du

³⁵⁴ Note du *Deputy Chief Secretary* au *Permanent Secretary*, 02/11/1961. KNA, CA/9/6, *Courts, Liwalis, Mudirs and Kathis*.

³⁵⁵ « As far as Kathis are concerned, I would support their coming under the administration of the Chief Justice, and I think an attempt should be made to improve their calibre wherever possible. In this connection it is arguable that there would be advantages in reviving the post of Chief Kathi providing a suitable man can be found who would be responsible to the Chief Justice for all matters pertaining to Kathis. (...) I would advocate against removing criminal jurisdiction from Kathis and would prefer to improve their knowledge and quality so that they could take over some at least criminal work from Liwalis, Mudirs, and even from District Officers (...) ». Lettre du 03/01/1962. KNA, CA/9/6, *Courts, Liwalis, Mudirs and Kathis*.

³⁵⁶ Il était envisagé que les Kadhis puissent ainsi exercer leur pouvoir dans des affaires civiles où la valeur de l'objet du différend n'excéderait pas 3 000 Shillings.

³⁵⁷ « Record of a Meeting held in the Chief Justice's Chambers on Friday, 26th of January, 1962, to consider the Future of Muslim Subordinate Courts ». KNA, CA/9/96, *Muslim Subordinate Courts, Kadhis' Courts, Appointment of Chief Kadhi, (Confidential)*.

contrôle des autres Kadhis, fonction qui était jusque là dévolue au *Liwali* de la Côte³⁵⁸. Dans ses recommandations, il proposait que tous les Kadhis et le Chief Kadhi fassent désormais partie intégrante de l'administration judiciaire et soient, en conséquent, nommés par le *Chief Justice* et plus par le Gouverneur.

En 1962, lors de la conférence constitutionnelle de Lancaster House, à Londres, l'avenir statutaire des juridictions kadhiales fut encore l'objet de débats. La délégation de la *Kenya African National Union* (KANU) remit alors un Mémoire, dans lequel le parti proposait que des Kadhis soient nommés uniquement dans la Province côtière³⁵⁹. Le Mémoire soulignait par ailleurs que l'accord de 1895 entre le Gouvernement britannique et le Sultan de Zanzibar n'était devenu un « problème » politique qu'à partir du moment où l'avenir constitutionnel du Kenya avait commencé à être sérieusement discuté. En effet, l'accord apparut comme un enjeu lorsque les populations côtières, et plus spécifiquement arabes, manifestèrent des inquiétudes au sujet de l'avenir de leur statut, alors que la perspective de l'indépendance annonçait l'émergence d'une élite politique africaine, originaire de l'intérieur du pays. En réalité, ces craintes résultaient de la prise de conscience des élites arabes, qui avaient été traitées de façon privilégiée sous la colonisation, de la situation qui serait la leur dans un Kenya indépendant, où elles ne représenteraient plus qu'une extrême minorité de la population. Ainsi que l'expliquait encore la KANU dans son Mémoire, la Bande Côtière faisait partie intégrante du Kenya et, dans l'hypothèse d'un rattachement de cette zone au reste du pays, un traitement similaire de tous les habitants aurait constitué un idéal. Toutefois, alors que l'indépendance était imminente, un mouvement en faveur d'une autonomie de la *Coastal Strip* émergea, forçant les autorités à accorder des aménagements aux populations musulmanes pour faciliter leur intégration au nouvel État.

b. Le facteur musulman sur la Côte lors des préparatifs pour l'indépendance.

Alors qu'en 1952, dans les Hautes Terres du Kenya, éclatait la rébellion Mau Mau, les échos du mouvement demeurèrent limités sur la Côte. D'une part, la région était bien loin de l'agitation de l'intérieur et, d'autre part, à la même époque, les populations swahilies et arabes

³⁵⁸ Lettre de H. de Warrenne Waller (*African Courts Officer*) au *Provincial Commissioner, Coast Province*, 02/03/1962: « *The Future of Muslim Subordinate Courts, Kadhis Courts* ». KNA, CA/9/96, *Muslim Subordinate Courts, Kadhis' Courts, Appointment of Chief Kadhi (Confidential)*.

³⁵⁹ KNA, GO/1/1/12, *Kenya Constitutional Conference, 1962, Memos, Papers, Proposals, etc., Part I*, 14th February - 20th March.

jouissaient d'un statut relativement confortable, aussi bien dans le domaine éducatif, qu'économique ou culturel³⁶⁰. Pourtant, petit à petit, les revendications du mouvement Mau Mau finirent par rencontrer une certaine audience dans la zone côtière, où les habitants prirent conscience de l'inéluctabilité de l'indépendance. Par exemple, en 1956, après que certains leaders européens aient proposé un système d'autonomie provinciale dans lequel ils auraient pris le contrôle de Mombasa, les deux membres arabes du Conseil Législatif, Mahfudh Mackawi et Sharif Abdallah Salim, déclarèrent qu'une telle proposition constituait une remise en cause de la souveraineté du Sultan sur la Bande Côtière et ne pourrait être réalisée sans le consentement des Arabes³⁶¹. En réalité, cette déclaration reflétait la perception selon laquelle, en dépit de leurs droits historiques sur la Côte, les Arabes ne bénéficiaient pas d'un traitement juste dans les projets constitutionnels. Parallèlement, alors que dans les années 1960, la volonté de mettre un terme aux discriminations raciales fut un des motifs de la réforme du système des tribunaux, les musulmans considéraient leur propre système de droit comme une garantie de leur statut spécial. C'est pourquoi, le désir de maintenir une identité et une position distinctes fut un des leitmotifs des représentants de confession islamique pour obtenir des garanties sur l'existence de leurs institutions dans la Constitution.

- Les pressions musulmanes pour une forme d'autonomie de la Bande Côtière.

En mai 1957, lorsque furent élus les huit premiers membres africains du Conseil Législatif, ceux-ci, sous l'influence de Ronald Ngala, commencèrent à condamner les privilèges de la minorité arabo-swahili³⁶². De même, dans la région côtière, la domination politique des Arabes fut mise à mal à Zanzibar, lors des élections de 1957, après la défaite du *Zanzibar National Party* (ZNP), face aux groupes africains, qui condamnaient le « colonialisme arabe »³⁶³. Ces événements provoquèrent sans aucun doute des inquiétudes parmi les Arabes installés au Kenya, quant à leur avenir au sein d'un Gouvernement africain. Sur la Côte, les condamnations de la domination de cette minorité connurent un certain écho, tant et si bien que les Arabes et les Swahilis prirent prétexte de l'accord de 1895 entre le Sultan et le Gouvernement de Grande-Bretagne pour demander l'autonomie de la Bande Côtière. Une telle forme d'organisation politique les aurait, en effet, placés à l'abri des troubles et de l'agitation dans la Colonie et aurait préservé leur statut. En 1958, les peuples

³⁶⁰ SALIM, A.I., 1970, *op. cit.*, p. 216.

³⁶¹ *Ibid.*, pp. 219-220.

³⁶² *Ibid.*, *op. cit.*, p. 217. Ronald Ngala était lui-même originaire de la Côte, mais d'ethnie Mijikenda (Giriama).

³⁶³ Le ZNP représentait essentiellement la population arabe de Zanzibar.

arabes et swahilis demandèrent par ailleurs au Gouvernement de clarifier sa position au sujet du futur statut de la *Coastal Strip*. Ce dernier ne tarda pas à réagir puisque, dès le mois de novembre de la même année, Evelyn Baring, le Gouverneur, exprimait la résolution des autorités à garantir le bien-être social et les intérêts économiques des sujets du Sultan dans le Protectorat³⁶⁴. Cette déclaration ne suffit pourtant pas à rassurer les leaders musulmans, dont les griefs furent relatés par la presse, en particulier dans la région côtière. Par exemple, en 1960, un article publié dans le *Mombasa Times* rapportait que, lors de la Conférence de Lancaster House, le *Liwali* de la Côte, Sheikh Salim Muhashamy, avait exprimé ses peurs sur l'avenir de la Bande Côtière, déclarant :

« La communauté arabe ne considèrera pas nos droits et nos intérêts comme suffisamment protégés si la responsabilité du Gouvernement du Protectorat est laissée à un Gouvernement kenyan responsable devant un électorat kenyan »³⁶⁵

Les craintes du *Liwali*, qui avait d'ailleurs rappelé que le Protectorat était arabe de tradition, de culture et d'apparence, ne concernaient que l'avenir de la population arabe, et non celui de l'ensemble des habitants de la Bande Côtière. La même année, Sir Patrick Renison reçut une pétition présentée par des Arabes de l'île de Lamu, dans laquelle ces derniers exprimaient leur totale opposition à une intégration de la Bande Côtière au reste du Kenya. Ils expliquaient que Lamu avait fait partie des dominions du Sultan de Zanzibar pendant plus de cent cinquante ans et que l'île n'avait jamais connu la domination des peuples de l'intérieur. Ils affirmaient en outre que les habitants de la Côte différaient des autres à tous points de vue, que ce soit par leur religion, leur langue, ou même leur culture et leurs coutumes et assuraient que : « *Nous préférons notre Gouvernement présent et nous ne serons jamais d'accord pour être assujettis aux populations de l'intérieur* »³⁶⁶. Le fond du problème était très bien résumé dans un article du *Mombasa Times* de septembre 1960 :

« Très peu de personnes peuvent sérieusement envisager que le Protectorat soit transformé en un état souverain, entièrement indépendant de tout autre pays. Mais,

³⁶⁴ SALIM, A.I., 1970, *op. cit.*, p. 219.

³⁶⁵ « *The Arab community will not regard our rights and interests as being adequately protected if responsibility for the Government of the Protectorate is ceded to a Kenya Government responsible to a Kenya electorate* », *Mombasa Times*, 30/01/1960, « *Liwali seeks continued British Protection. London Conference Told of Arab Fears* ». KNA, CA/10/126, *Coastal Strip*, 1958-1967.

³⁶⁶ « *We prefer our present Government and would never agree to subjection by upcountry people* ». *Mombasa Times*, 14/09/1960, « *Conference on Coastal Strip. Question of federation too, says Governor* ». KNA, CA/10/126, *Coastal Strip*, 1958-1967.

dans le même temps, il est peu probable que, dans la Bande Côtière, beaucoup souhaiteraient être intégrés au Kenya »³⁶⁷

L'agitation était en réalité orchestrée par certains Arabes, soutenus par divers groupes politiques de Zanzibar³⁶⁸. Mais leur position s'avérait minoritaire et la Conférence de Lancaster House se termina par la victoire des nationalistes africains. Le Kenya fut proclamé État africain et, après l'abrogation de la domination européenne dans la Constitution, un gouvernement africain prit le pouvoir. Évidemment, ces dispositions renforcèrent les craintes des populations de la Côte et plusieurs partis politiques émergèrent, pour réclamer une autonomie de la Bande Côtière. Quatre formations principales virent le jour : le *Shungwaya Freedom Party*, le *Kenya Protectorate Peoples National Party* (KPPNP), la *Coastal League* et le *Coast Peoples Party* (CPP)³⁶⁹. Ce dernier, fondé par un groupe d'Arabes et de Swahilis, en majorité originaires de Mombasa, joua le rôle le plus actif. En 1961-1962, il revendiqua la création d'un État indépendant, désigné sous le terme *Mwambao*, le long de la Bande Côtière de dix miles marins, qui restait techniquement la possession du Sultan de Zanzibar. L'un des motifs invoqués pour obtenir cette forme d'indépendance tenait à l'application du droit islamique et à l'existence des juridictions de droit musulman. Les deux partis politiques kenyans, la KANU et la KADU (*Kenya African Democratic Union*), rejetèrent néanmoins en bloc cette demande, déclarant que si les trente sept mille Arabes de la Côte souhaitaient être indépendants, ils pouvaient toujours retourner à Zanzibar ou en Arabie³⁷⁰. Pourtant, le mouvement pour l'autonomie connut un certain succès, tant et si bien qu'à la fin de l'année 1961, des rumeurs à Mombasa affirmaient que le Protectorat obtiendrait un gouvernement différent de celui de la colonie³⁷¹. Toutefois, lorsque les autorités s'exprimèrent sur la question, ce fut pour annoncer la nomination d'un Commissaire, Sir James Robertson, chargé d'émettre des recommandations au Sultan de Zanzibar et au Gouvernement britannique sur le futur statut à attribuer à l'accord de 1895 et à la Bande Côtière.

³⁶⁷ « *Very few people can seriously envisage the Protectorate being created a sovereign state entirely independent of any other country. At the same time, it is doubtful if many people in the Coastal Strip would wish to be integrated with Kenya* ». *Mombasa Times*, 14/09/1960, « *Now is the time...* ». KNA, CA/10/126, *Coastal Strip*, 1958-1967.

³⁶⁸ *Daily Telegraph*, 19/12/1960, « *Kenya Coast Autonomy. Arab campaign gains support* ». KNA, CA/10/126, *Coastal Strip*, 1958-1967.

³⁶⁹ SALIM, A.I., 1973, *op. cit.*, p. 233.

³⁷⁰ MAXON, R.M. et OFCANSKY, T.P., *Historical Dictionary of Kenya*, Lanham : Scarecrow Press, 2000 (2^{ème} édition), p. 44.

³⁷¹ SALIM, A.I., 1970, *op. cit.*, p. 223.

- Le rapport Robertson et la solution du compromis : le rattachement au Kenya en échange du maintien des juridictions de droit musulman.

Avant de remettre son rapport, Sir James Robertson mena des recherches dans la région côtière entre le 4 octobre et le 1^{er} novembre 1961. Au cours de ce séjour, il rencontra 110 délégations, représentant un total de 546 personnes, et récolta les avis de plus de 5 000 autres individus, lors de diverses réunions publiques³⁷². Dans ses conclusions, le Commissaire rejeta l'option autonomiste, se prononçant en faveur d'une intégration administrative de la bande côtière au reste du Kenya et recommandant que :

« la Bande Côtière devrait être administrativement intégrée au Kenya juste avant que le Kenya ne devienne indépendant et que l'Accord de 1895 conclu entre le Gouvernement de sa Majesté et Son Altesse le Sultan de Zanzibar soit abrogé »³⁷³

Malgré sa sympathie pour la cause des autonomistes, Sir Robertson expliqua que l'autonomie serait mal avisée, tant pour des motifs économiques, qu'ethniques ou politiques. Cependant, pour calmer les ardeurs des sécessionnistes, il suggéra que des garanties soient apportées pour répondre aux craintes des populations côtières et souligna en particulier que :

« le maintien de la souveraineté du Sultan garantirait aux minorités musulmanes qu'aucune altération drastique n'est envisagée ; que les droits historiques sont maintenus ; et que le Gouvernement kenyan est compréhensif envers leurs coutumes et leur mode de vie »³⁷⁴

À propos des Kadhis, le rapport de Sir Robertson se montrait également très ouvert. Un long exposé était consacré à ces institutions, décrivant leur importance comme suit :

« La religion musulmane n'est, cependant, pas seulement une foi, c'est un mode de vie et l'un des droits les plus chers d'un musulman est l'exercice de la Charia dans toutes ses affaires personnelles. Des questions de mariage, divorce, pension alimentaire, fidéicommis et héritage se présentent, qui possèdent leur propre méthode de règlement dans le droit de la Charia. Actuellement, les musulmans de la Côte

³⁷² *Mombasa Times*, 20/12/1961, « *Robertson rejects Coast autonomy – All Zanzibar's claims may be settled for £775,000* ». KNA, CA/10/126, *Coastal Strip*, 1958-1967.

³⁷³ « ... the Coastal Strip should be administratively integrated with Kenya just before Kenya becomes self-governing and that the 1895 Agreement entered to by Her Majesty's Government and His Highness the Sultan of Zanzibar should be abrogated ». Colony and Protectorate of Kenya, *Sessional Paper No. 9 of 1961, The Kenya Coastal Strip, Report of the Commissioner*, London : Her Majesty's Stationery Office, 1961, p. 25.

³⁷⁴ « ... the retention of the Sultan's sovereignty will assure the Muslim minorities that no too drastic alterations are contemplated ; that historical rights are being maintained; and that the Kenya Government is sympathetic to their customs and mode of life ». Colony and Protectorate of Kenya, *Sessional Paper No. 9 of 1961, The Kenya Coastal Strip, Report of the Commissioner*, London : Her Majesty's Stationery Office, 1961, p. 28.

possèdent un certain nombre de juges (Kadhis) qui arbitrent ces litiges selon la loi islamique. Je recommanderais fortement que ce système soit maintenu. Présentement, les Kadhis, qui sont des magistrats arabes ou musulmans, sont assez séparés et distincts de l'administration judiciaire. Je considère que ceci est anormal et qu'ils devraient être intégrés au système judiciaire, sous l'administration du *Chief Justice*. Je recommande qu'un Chief Kadhi soit nommé, peut-être avec trois Kadhis, un pour Mombasa et ses environs, un pour Malindi et Lamu, et un pour Vanga et le sud. De tels officiers devraient être musulmans, bien que pas obligatoirement arabes, et ils devraient avoir un degré suffisant de compétences en droit de la Charia. J'estime également que, dans l'éventualité de leur totale intégration au Département de la Justice, ils pourraient être nommés dans n'importe quelle zone où vivent des musulmans et où des différends sont soumis pour être réglés selon le droit de la Charia. Je pense que le critère selon lequel les Kadhis devraient être musulmans évitera l'insinuation des Africains selon laquelle cette disposition est discriminatoire, tout en fournissant aux Arabes, aux Swahilis et aux musulmans indiens une protection raisonnable sur une question pour laquelle je considère qu'ils ont un droit »³⁷⁵

Après la remise du rapport de Sir James Robertson et alors qu'une nouvelle conférence se tenait en mars 1962 à Lancaster House sous le patronage du Secrétaire d'État aux colonies, la *Kenya Coastal Strip Conference* fut organisée. Cette dernière réunit des délégués des gouvernements britannique, kenyan et zanzibarite, ainsi que des représentants de la KANU et de la KADU, dans le but de discuter de l'avenir de la Bande Côtière, au regard du rapport remis par Sir James Robertson. Afin de prendre en compte l'opinion des habitants de la région en question, les six membres élus au *Kenya Legislative Council* représentant cette zone, le membre élu des territoires Bajuni et un Arabe furent aussi conviés. En outre, un conseiller juridique du Sultan était présent, ainsi que diverses autres personnalités³⁷⁶. Mais peu avant l'annonce de la tenue de cette conférence, déçus par le rapport Robertson, les autonomistes

³⁷⁵ « The Muslim religion is, however, not only a faith, it is a way of life and one of the most cherished rights of a Muslim is the exercise of Sharia law in all his personal affairs. Cases arise concerning marriage, divorce, alimony, trusts and inheritance, which have their own method of settlement in the Sharia law. At present the Muslims of the Coast have a number of judges (Kadhis) who advocate in such matters according to Muslim law. I would strongly recommend that this system be continued. At present the Kadhis, who are really Arabs or Muslim magistrates, are quite separate and distinct from the Judiciary. I consider that this is anomalous and that they should be integrated within the judicial system proper under the Chief Justice's administration. I recommend that a Chief Kadhi should be appointed together with perhaps three Kadhis, one for Mombasa and its surroundings, one for Malindi and Lamu, and one for Vanga and the south. Such officers should be Muslims, although not necessarily Arabs, and they should have an adequate degree of competence in Sharia Law. I consider also that on their being fully integrated in the Judicial Department, they should be liable for posting to any area where Muslims reside and where cases are submitted for consideration under Sharia Law. I consider that the criterion that the Kadhis should be Muslims will counter the suggestion on the part of the Africans that the provision is discriminatory, while at the same time providing the Arabs and Swahilis and Muslim Indians with a reasonable safeguard in a matter which I consider they have a right ». Colony and Protectorate of Kenya, Sessional Paper No. 9 of 1961, *The Kenya Coastal Strip, Report of the Commissioner*, London : Her Majesty's Stationery Office, 1961, p. 29.

³⁷⁶ Étaient également présents : huit membres des législatures du Kenya et de Zanzibar, le Gouverneur du Kenya, l'Envoyé Permanent Britannique à Zanzibar et un observateur ougandais. Colonial Office, *Report of the Kenya Coastal Strip Conference, 1962, Presented to Parliament by the Secretary for the Colonies by Command of Her Majesty, April 1962*, London : Her Majesty's Stationery Office, 1962, p. 3.

tentèrent de maintenir leurs pressions dans le cadre du *Mwambao United Front* (MUF). Ce dernier envoya deux délégués à Lancaster House : Sheikh A. Nasir et Q. S. Basadiq. Cependant, la cause du MUF apparaissait perdue d'avance et le conseiller juridique du Sultan, Dingle-Foot, expliquait que celui-ci était plus intéressé par le bien-être de ses sujets que par le maintien de sa souveraineté³⁷⁷. Lors de son discours, Dingle-Foot déclara, en effet :

« Il n'y a aucun doute, du point de vue historique et du point de vue juridique, que la Bande Côtière était, avant 1895, et est depuis restée partie des territoires dirigés par Son Altesse, le Sultan de Zanzibar. L'accord de 1895 ne concernait en rien la question de la souveraineté. Son seul effet était de transférer au Gouvernement britannique la responsabilité de l'administration de cette zone. Si cet accord était rompu, la souveraineté retournerait alors au Sultan. Cependant, son Altesse reconnaît que les développements économiques et politiques des soixante-sept dernières années ne peuvent pas être ignorés et que le Kenya a été administré par les Britanniques comme un seul pays. (...) Le seul souci de son Altesse concerne le bien-être de son peuple. Avant qu'il ne puisse accepter n'importe quel aménagement sur leur futur gouvernement, il souhaiterait pouvoir être sûr que leurs institutions et leur mode de vie seront entièrement protégés »³⁷⁸

Lors de la réunion finale le 7 avril 1962, le futur statut de la Bande Côtière ne fut toutefois pas réglé. Certes, Mr. Cleasby, un membre élu du Protectorat du Kenya, affirma que les souhaits de tous ceux vivant dans et autour de la région devraient être satisfaits et garantis par la nouvelle Constitution et il suggéra la tenue d'une nouvelle conférence où les doléances de ses habitants pourraient être exprimées³⁷⁹. Néanmoins, lors de la même réunion, plusieurs opinions s'opposèrent à un traitement particulier des populations de la *Coastal Strip*. Ainsi, Ronald Ngala, un membre élu de la Colonie du Kenya, expliqua que la *Bill of Rights* sur laquelle l'ensemble des délégués s'étaient mis d'accord protégerait les droits de tous les citoyens du futur Kenya indépendant et qu'il n'était donc pas nécessaire de prévoir des dispositions spécifiques pour les populations de la Côte. Il assura encore que l'accord sur le

³⁷⁷ SALIM, A.I., 1970, *op. cit.*, p. 224.

³⁷⁸ « There can be no doubt, as a matter of history and as a matter of law, that the Coastal Strip was before 1895, and has since remained, a part of territories reigned over by His Highness, the Sultan of Zanzibar. The 1895 Agreement in no way touched the question of sovereignty. Its only effect was to transfer to the British Government responsibility for the administration of the area. If the Agreement were terminated such responsibility would revert to His Highness. Nevertheless, His Highness recognises that the economic and political developments of the past 67 years cannot be ignored and that Kenya has been administered by the British as one country. (...) His Highness sole concern is for the welfare of his people. Before he could agree to any arrangement for their future government he would wish to be satisfied that their institutions and way of life would be fully safeguarded ». Kenya Coastal Strip Conference, Report of the Conference, 9th April 1962, Note by Secretary General. KNA, GO/1/1/12, Kenya Constitutional Conference, 1962, Memos, Papers, Proposals, etc., Part I, 14th February - 20th March.

³⁷⁹ « Kenya Coastal Strip Conference, 1962, Record of Final Meeting held in the Music Room, Lancaster House, S.W.1, on Saturday, 7th of April, 1962 at 9.30 a.m. ». KNA, GO/1/1/12, Kenya Constitutional Conference, 1962, Memos, Papers, Proposals, etc., Part I, 14th February - 20th March.

régionalisme, supposant que les autorités régionales possédaient leur propre pouvoir, procurerait toute la protection nécessaire aux habitants de la région, rendant inutile l'idée d'une autonomie ou d'une séparation du reste du territoire. Dans son discours, Ronald Ngala rejeta la perspective d'une nouvelle conférence, estimant que le problème de la Bande Côtière avait été résolu³⁸⁰. Dans le même sens, Tom Mboya, un autre membre élu de la Colonie, expliqua que la KANU n'avait jamais envisagé l'éventualité d'une autonomie de la Côte et que la seule question consistait à savoir si, au regard de la Constitution envisagée pour le nouvel État, le Sultan estimerait que les institutions et le mode de vie des peuples de la Bande Côtière étaient protégés ainsi qu'il le souhaitait³⁸¹. Jomo Kenyatta, membre élu de la Colonie, affirma encore que le sujet de la Bande Côtière ne devait pas être traité à part, dans la mesure où la région « *appartenait et faisait partie du Kenya* » et parce que les garanties demandées par le Sultan avaient déjà été prévues dans un accord signé le 6 avril. L'ensemble de ces opinions s'appuyait sur la certitude que seule une minorité de la population côtière aspirait à l'autonomie. D'ailleurs, l'un des membres élus du Protectorat, M. Chokwe, assura que certains délégués, en s'exprimant au sujet de la Bande Côtière, ne se référaient qu'aux Arabes, alors que la majeure partie de la région était peuplée d'Africains, favorables à l'intégration au Kenya³⁸².

Finalement, Ali Abdallah, le Secrétaire Général du CCP, ayant pris conscience de l'impossibilité de la solution autonomiste, appela tous les sécessionnistes et les régionalistes à se mettre d'accord pour le bien-être, le progrès et la prospérité de toutes les communautés³⁸³. Cette prise de position accéléra le règlement du statut de la *Coastal Strip*, qui se finalisa juste avant l'indépendance, par un échange de lettres en date du 5 octobre 1963, entre Jomo Kenyatta, devenu Premier Ministre du Kenya et M. Shamte, Premier Ministre de Zanzibar. Cet accord détermina que :

« (1) les territoires compris dans le Protectorat kenyan devront cesser de faire partie des dominions de Son Altesse et devront en conséquence faire partie du Kenya ; (2) l'Accord du 14 juin 1890, dans les limites de son application à ces territoires, et l'accord du 14 décembre 1895 devront cesser d'avoir effet »³⁸⁴

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ SALIM, A.I., 1970, *op. cit.*, p. 225.

³⁸⁴ « (1) the territories comprised in the Kenya Protectorate shall cease to form part of His Highness's dominions and shall thereupon form part of Kenya ; (2) the Agreement of 14th June 1890 in so far as it applies to those territories and the Agreement of 14th December 1895 shall cease to have effect ». Kenya Coastal Strip, Agreement between the Government of the United Kingdom, His Highness the Sultan of Zanzibar, the

L'échange de lettres prévoyait également que :

« La juridiction du Chief Kadhi et de tous les autres Kadhis sera à tout moment préservée et s'étendra à la détermination des questions de droit musulman relatives au statut personnel (par exemple, mariage, divorce et héritage) dans les affaires où toutes les parties professent la religion musulmane »³⁸⁵

En dernier lieu, les dispositions relatives au régionalisme facilitèrent la renonciation des populations côtières à leurs demandes d'autonomie et les Arabes estimèrent que la protection de leurs institutions dans la Constitution suffisait à leur faire renoncer à leurs aspirations sécessionnistes. En revanche, le rattachement de la Bande Côtière au reste du Kenya mit un terme définitif à la domination arabe au sein de l'administration et même dans les institutions musulmanes. Ainsi, en janvier 1963, Sheikh Goso devint le premier africain à être choisi pour occuper un poste de Kadhi³⁸⁶. Quoi qu'il en soit, les fidèles pouvaient se satisfaire de la reconnaissance des juridictions de Kadhi, une concession qu'il aurait été difficile de ne pas leur accorder, étant donné que les premières difficultés auxquelles le Gouvernement kenyan fut confronté eurent pour théâtre des régions à forte population musulmane : la Côte, certes, mais aussi le District de la Frontière Nord.

c. Le statut incertain du Northern –Frontier District (NFD).

La zone du Nord-Est regroupait essentiellement des tribus pastorales, dont environ une moitié était somalie et le reste galla (avec une majorité Boran) ou divers groupes minoritaires (Rendille, Pokomo). Mais surtout, la grande majorité de la population professait la religion musulmane. Sous la colonisation, l'activité politique dans la région s'avérait relativement faible, mais la province expérimenta une forme de révolte menée par les Somalis dans les années 1960. Les Somalis, tout comme les musulmans arabes, se montraient très fiers de leur origine ethnique et, prétendant d'ailleurs à des origines arabes, s'estimaient supérieurs aux Africains. Aussi, la position privilégiée des Arabes sous la colonisation britannique puis leurs demandes de sécession encouragèrent les Somalis à revendiquer un traitement particulier,

Government of Kenya and the Government of Zanzibar, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Colonies by Command of Her Majesty, October 1963, London : Her Majesty's Stationery Office.

³⁸⁵ « *The jurisdiction of the Chief Kadhi and of all the other Kadhis will at all times be preserved and will extend to the determination of questions of Muslim law relating to personal status (for example, marriage, divorce and inheritance) in proceedings in which all parties profess the Muslim religion* ».

³⁸⁶ SALIM, A.I., 1970, *op. cit.*, p. 226.

notamment après l'indépendance de la Somalie le 1^{er} juillet 1960³⁸⁷. En outre, dans le cadre de l'État colonial, le *Northern Frontier District* jouissait d'un statut assez singulier et les partis politiques somalis y furent autorisés de manière précoce. Dès la fin des années 1940, l'une des formations les plus actives en Somalie, la *Somali Youth League* (SYL), établit ainsi des branches au Kenya, à Isiolo, à Mandera, à Moyale et à Garissa. Dès son implantation dans le pays, les membres de ce groupe contestèrent l'autorité du Gouvernement colonial dans la région, mettant par exemple en place des tribunaux illégaux, qui se chargeaient du règlement des différends juridiques³⁸⁸. La condamnation du pouvoir colonial s'avérait telle que le parti fut interdit en 1947, permettant une stabilisation de la situation pendant une dizaine d'années. L'agitation politique reprit pourtant de plus belle en 1957, lorsqu'une partie des populations locales acquit la certitude que la région rejoindrait la Somalie dès 1960. Après la réunification de la Somalie italienne et du Somaliland britannique, les autorités de la nouvelle République, qui n'avaient pas ratifié la Charte de l'OUA sur l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation, envisagèrent, en effet, la formation d'une « Grande Somalie ». Le Gouvernement somalien revendiqua peu à peu des droits sur Djibouti, l'Ogaden éthiopien et le *Northern Frontier District* kenyan, au motif que les Somalis constituaient une nation unie et distincte, aspirant à une existence et à des droits autonomes³⁸⁹.

Toutefois, pour les autorités kenyanes, la possibilité d'un rattachement du NFD à la Somalie ne fut jamais à l'ordre du jour. Par exemple, en 1961, dans la préparation des élections générales prévues la même année, les électeurs de la région furent invités à s'inscrire sur les listes électorales et la formation de partis politiques fut encouragée. Différents groupements émergèrent alors, mais certains prirent position en faveur d'une sécession de la région³⁹⁰. Parmi ces organisations, la seule dont l'impact fut réel était le *Northern Province Peoples Progressive Party* (NPPPP) : ayant son siège à Wajir, elle était soutenue par quasiment l'ensemble des Somalis et le parti axa l'essentiel de sa campagne sur le thème de la séparation du NFD. Peu avant la tenue des élections, les Somalis décidèrent de boycotter l'inscription sur les listes électorales et de ne pas s'impliquer dans le mouvement pour l'indépendance du Kenya. Tout comme les Arabes de la Bande Côtière, ils s'estimaient satisfaits de la tutelle exercée par les Britanniques, qu'ils jugeaient dans tous les cas

³⁸⁷ ODED, A., 2000, *op. cit.*, p. 79.

³⁸⁸ MAKOKHA, J., « The Islamic Factor in Somali Irredentism – Towards Rationalising the Kenyan Government's Stand Against Islamic Political Association », in BAKARI, M. et YAHYA, S.S., 1995, *op. cit.*, p. 85.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 82.

³⁹⁰ *Northern Province, Annual Report, 1960*. KNA, PC/NFD/1/1/12, 1958-1960.

préférable à un Gouvernement africain de Nairobi. Mais la situation dans la région devint tellement tendue qu'elle contraind le Secrétaire d'État aux Affaires Coloniales, M. Reginald Maulding, à se rendre au Kenya en 1961, dans le cadre de la préparation de la Conférence de Lancaster House. À la suite de ce déplacement, il accepta qu'une délégation de la NFD soit envoyée à Londres en février 1962, pour participer aux discussions constitutionnelles. Lors de la conférence, les représentants du NFD s'affirmèrent étrangers au peuple du Kenya, mais semblables à celui de la Somalie, que ce soit en terme de religion, de mode de vie ou de langage³⁹¹. Sur cette base, ils confirmèrent leur désir d'être rattachés à la Somalie, alors que, dans le même temps, la KANU exprimait sa totale opposition à toute idée de sécession de la région. Le *Colonial Secretary* fit également comprendre aux délégués du NFD qu'il n'accepterait aucun changement dans le statut ou l'administration de la zone³⁹². Face à cette impasse, le Secrétaire d'État proposa l'établissement d'une Commission indépendante, chargée d'évaluer l'opinion de la population locale. Celle-ci fut désignée par les autorités britanniques le 5 octobre 1962 et ses deux membres, MM. Onyiuke et Bogert, enquêtèrent dans les districts d'Isiolo, de Garissa, de Mandera, de Marsabit, de Moyale et de Wajir entre le 22 octobre et le 15 novembre 1962³⁹³. Au cours de leur mission, ils participèrent à plusieurs *baraza* (réunions publiques), auxquelles se joignirent près de quarante mille personnes. Ils recueillirent par ailleurs les avis des représentants de 134 délégations et reçurent 106 propositions écrites³⁹⁴. Dans son rapport, remis au Secrétaire d'État le 7 décembre 1962, la Commission releva que deux points de vue contraires s'exprimaient sur l'avenir du NFD : d'une part, le souhait que la région demeure partie intégrante du Kenya et, d'autre part, le désir qu'elle soit rattachée à la Somalie et ne participe pas aux débats constitutionnels du Kenya. Les opinions en faveur d'une union à la Somalie apparaissaient plus nombreuses³⁹⁵, ce qui avait déjà été constaté par le *Provincial Commissioner* de la Province du Nord, dont le rapport annuel de 1960 expliquait que « *la dernière chose que souhaitent les habitants de la région est d'être gouvernés par des 'Africains' à Nairobi* »³⁹⁶.

La Commission releva en outre que les prises de positions étaient pour l'essentiel influencées par la religion, l'affiliation ethnique et le mode de vie, notant que « *la division des*

³⁹¹ MAKOKHA, J., 1995, *op. cit.*, p. 87.

³⁹² *Ibid.*, pp. 88-89.

³⁹³ *Kenya : Report of the Northern Frontier District Commission*, 1962, 22 pages.

³⁹⁴ *Ibid.*.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 21.

³⁹⁶ « *the last thing that anybody wants is to be governed by 'Africans' in Nairobi* », *Northern Province, Annual Report*, 1960, p. 7. KNA, PC/NFD/1/1/12, 1958-1960.

*opinions correspond presque exactement à la division entre musulman et non musulman »*³⁹⁷.

Une autre Commission, portant sur les Frontières Régionales enquêta à peu près au même moment et, dans son rapport remis en décembre 1962, elle insista aussi sur le caractère musulman du NFD et sur le fait qu'une majorité de la population souhaitait l'unité avec la Somalie plutôt qu'avec le Kenya³⁹⁸. Chargée de réfléchir au découpage administratif du Kenya, cette commission, dans ses conclusions, proposait de rattacher le *Northern Frontier District* à la région côtière, tout en laissant ouverte la possibilité d'une sécession, en expliquant que le choix du rattachement à la Côte reposait sur l'idée que, au cas où le NFD cesserait de faire partie du Kenya, la viabilité de la région n'en serait pas trop affectée³⁹⁹. Alors qu'aucune solution n'avait été trouvée, une conférence se tint à Rome, entre les gouvernements de la Somalie, du Kenya et de la Grande-Bretagne, mais sans aucun représentant du NFD. À son issue, il fut reconnu que le Kenya ne pouvait se séparer d'aucune partie de son territoire, mettant un terme aux espoirs sécessionnistes. Aussi, alors que les populations somaliennes du Nord-Est se voyaient obligées de vivre dans un État à majorité chrétienne, il eut été mal avisé de supprimer les institutions de droit musulman et leur maintien, ainsi que la reconnaissance du droit islamique pouvaient constituer un gage de respect par l'État de ses différentes communautés religieuses. Pourtant, peu après l'indépendance en 1963, les Somaliens lancèrent une insurrection, connue sous le nom de *Shifta*. Celle-ci fut durement réprimée par l'armée kenyane, qui mena des expéditions punitives et massacra le bétail des populations soupçonnées de soutenir les rebelles. Les combats cessèrent en 1967, avec l'arrivée d'un nouveau Premier ministre en Somalie, Mohamed Ibrahim Egal, qui entreprit une politique de détente avec Nairobi et mit fin au soutien qu'apportait Mogadiscio à la guérilla *Shifta*. La répression de cette insurrection par le Gouvernement entraîna une vive hostilité des musulmans somaliens à l'égard de l'État central, même si, en 1967, le Parlement kenyan adoptait le *Kadhis' Courts Act*, témoignant d'une attitude bienveillante des autorités envers les populations musulmanes.

³⁹⁷ « ...the division of opinion almost exactly corresponds to the division between Moslem and non-Moslem », *Kenya : Report of the Northern Frontier District Commission*, 1962, p. 22.

³⁹⁸ *Kenya : Report of the Regional Boundaries Commission*, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Colonies by Command of Her Majesty, December 1962, London : Her Majesty's Stationery Office, p. 8.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 16.

2) La redéfinition du statut des tribunaux de Kadhi et du droit musulman dans le cadre de la politique d'unification judiciaire.

Le Kenya, comme d'autres pays anciennement colonisés se caractérise par une situation de pluralisme juridique. Un système juridique se définit comme pluraliste lorsque le pouvoir souverain commande différents corps de droit pour des populations distinctes, en fonction de l'ethnicité, de la religion, de la nationalité ou de la géographie et lorsque tous ces modèles parallèles sont dépendants du système juridique étatique⁴⁰⁰. Les premières études sur le pluralisme se réfèrent à une distinction entre le droit et la coutume, cette dernière ayant généralement été reconnue dans les sociétés coloniales sous la terminologie de « droit coutumier ». Aussi, dans la plupart des pays africains, le droit de la famille occidental, importé, coexiste avec des systèmes coutumiers indigènes ou avec des systèmes religieux.

En Afrique, au sud du Sahara, en plus des diverses lois traditionnelles, le droit coranique est appliqué aux musulmans dans plusieurs pays non majoritairement islamiques, en particulier dans les États colonisés par les Britanniques : Ghana, Sierra Leone, Ouganda, Malawi, Tanzanie, Gambie, Afrique du Sud. Toutefois, seuls le Kenya, l'Ouganda et Zanzibar, en Tanzanie, possèdent des tribunaux particuliers, en charge d'appliquer ce droit. Dans les autres pays, ce sont les cours de justice ordinaires qui jugent selon la loi islamique, même si leurs magistrats ne sont pas forcément de confession musulmane. En réalité, quelles que soient les modalités d'application du droit coranique, la reconnaissance de différentes catégories de droit personnel n'est que de façade, car c'est toujours l'État qui fixe les limites de l'étendue de ce droit, selon des critères qui lui sont propres. De plus, ce partage des compétences s'opère par l'État de telle façon que les droits non-étatiques ne jouent qu'un rôle subordonné ou résiduel⁴⁰¹. Par exemple, au Kenya, le droit islamique classique ne constitue pas le droit commun et il ne s'applique que dans certains cas limités. Dans ce pays, alors que des juridictions de droit musulman existaient de longue date, il semblait difficile, au moment de l'indépendance et dans le cadre de la réorganisation du système judiciaire, de ne pas maintenir la reconnaissance officielle des tribunaux de Kadhi et du droit coranique.

C'est pourquoi, lorsque la Constitution du Kenya indépendant fut adoptée, des dispositions furent prévues en ce qui concerne les juridictions musulmanes. L'article 66 de la

⁴⁰⁰ MERRY, S.E., 1988, *op. cit.*, p. 871.

⁴⁰¹ ROULAND, N., 1988, *op. cit.*, p. 89.

Loi fondamentale prévoyait l'existence d'un Chief Kadhi et d'un nombre variable de Kadhis, ne pouvant toutefois pas être inférieur à trois. La Constitution mentionnait également que la compétence de ces tribunaux particuliers s'exercerait sur toutes les questions de droit islamique en matière de statut personnel, de mariage, de divorce et d'héritage, dans les affaires où toutes les parties sont de confession musulmane⁴⁰². À l'origine, le texte spécifiait que les pouvoirs de ces institutions ne s'exerceraient que dans les territoires correspondant à l'ancien Protectorat (Article 179-4, aujourd'hui 66-4) et ce n'est que le *Kadhis' Courts Act*, adopté en 1967, qui étendit leur zone géographique de juridiction. En réalité, toutefois, le texte ne faisait qu'officialiser une situation de fait, dans la mesure où il existait déjà des tribunaux de Kadhi à Garissa et à Kisumu, dès le milieu des années 1940.

a. Le vote du Kadhi's Courts Act : la reconnaissance officielle des institutions de droit musulman.

Le Gouvernement indépendant, qui hérita du système judiciaire mis en place sous la colonisation⁴⁰³, y apporta toutefois certains aménagements. Dès 1967, le vote de trois textes transforma toute la législation relative aux tribunaux subordonnés : le *Magistrates' Courts Act*, le *Kadhis' Courts Act* et le *Judicature Act*. Ces lois constituent la base du système de tribunaux en vigueur aujourd'hui. La première eut pour conséquence majeure d'abolir le modèle dualiste de tribunaux, à travers la suppression des cours africaines et la création d'un système intégré. La législation établit une hiérarchie de juridictions, avec au plus bas de l'échelle des *District Magistrates' Courts*, puis des *Resident Magistrates' Courts* et, au sommet de la hiérarchie, une Haute Cour (*High Court*) et une Cour d'Appel (*Kenya Court of Appeal*). La magistrature fut également professionnalisée, avec l'institution de *Resident Magistrates*, de *Senior Resident Magistrates* et de *District Magistrates*⁴⁰⁴. Ce sont ces derniers qui siègent dans les *District Magistrates' Courts*, à la base du système judiciaire. Ces tribunaux exercent la justice dans le district où ils sont établis et se répartissent en trois

⁴⁰² L'article 179 (aujourd'hui article 66) de la Constitution adoptée en 1963 stipulait : « (1) *There shall be a Chief Kadhi and such number, not being less than three, of other Kadhis as may be pro-scribed by or under an Act of Parliament (...)* ; (5) *The jurisdiction of a Kadhi's court shall extend to the determination of questions of Muslim law relating to personal status, marriage, divorce or inheritance in proceedings in which all the parties profess the Muslim religion* ».

⁴⁰³ Une description exhaustive du système juridique Kenyan contemporain est donnée dans JACKSON, T., 1970, *op. cit.*, ou dans COTRAN, E., 1970, *op. cit.*, pp. 132-144.

⁴⁰⁴ COTRAN, E., « The Development and Reform of the Law in Kenya », *Journal of African Law*, Vol. 27, No. 1, 1983, p.48.

classes, en fonction de l'étendue de leur juridiction criminelle⁴⁰⁵. Ensuite, les *Resident Magistrates' Courts* exercent leur compétence sur l'ensemble du pays et jugent des appels des *District Magistrates' Courts* de 3^{ème} classe, aussi bien dans les affaires civiles que criminelles. Elles sont présidées par un *Senior Resident Magistrate* ou un *Resident Magistrate* et leurs appels sont jugés par la Haute Cour⁴⁰⁶. Le *Magistrates' Courts Act*, qui précise le statut de ces institutions, distingue par ailleurs, dans les poursuites civiles, les affaires coutumières et non coutumières, signifiant par là que les *District Magistrates' Courts* et les *Resident Magistrates' Courts* sont responsables de l'application des diverses lois coutumières en vigueur dans le pays. Ceci est encore précisé par le *Judicature Act*, qui stipule que tous les tribunaux seront « *guidés par le droit coutumier africain dans les affaires civiles, lorsque une ou plusieurs des parties y est sujette ou est affectée par ce droit* »⁴⁰⁷. Les poursuites civiles et criminelles peuvent également être jugées par un magistrat de la Haute Cour, puisque cette dernière possède une juridiction illimitée en la matière. Au sommet de la hiérarchie, les appels de la Haute Cour sont ensuite transférés à la Cour d'Appel⁴⁰⁸. Ainsi qu'en témoigne cette rapide description, l'objectif du *Magistrates' Courts Act* était d'établir un système juridique national intégré. Néanmoins, l'unification du champ juridique ne fut pas totale, puisque, dans le même temps, furent maintenus les tribunaux de Kadhis, en charge d'appliquer le droit musulman et légalement établis par le *Kadhis' Courts Act*.

Des trois catégories de tribunaux de droit coranique, seules les juridictions kadhiales ont été conservées à l'indépendance, la rationalisation administrative ayant conduit à l'abolition des postes de *Mudirs* et de *Liwalis* peu après le rattachement de la Bande Côtière

⁴⁰⁵ Les tribunaux de 1^{ère} classe ne jugent que des affaires dont la sentence ne peut pas excéder un emprisonnement de cinq ans ou une amende de 10,000 Shillings. Les tribunaux de 2^{ème} classe sont limités aux cas où la sentence ne peut excéder 12 mois de prison ou une amende de 2,000 shillings. Enfin, les tribunaux de 3^{ème} classe ne jugent que des affaires où la sentence maximum est un emprisonnement de 6 mois ou une amende de 1,000 Shillings.

⁴⁰⁶ La Haute Cour (*High Court*) est établie par la Section 60 de la Constitution. Elle est normalement composée d'un seul juge mais, dans les appels civils, le *Chief Justice* peut décider que l'appel sera entendu par deux juges, voire plus. Les appels criminels sont entendus par deux magistrats, à moins que le *Chief Justice* n'estime qu'un seul est suffisant. Dans les affaires criminelles, les juges siègent avec des assesseurs, qui se prononcent sur l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. Néanmoins, les magistrats ne sont pas obligés d'en tenir compte. Des assesseurs peuvent également être désignés dans les affaires civiles. La Haute Cour est à Nairobi, mais des juges sont également établis de façon permanente à Mombasa, Kisumu, Nakuru.

⁴⁰⁷ « ... *be guided by African customary law in civil cases in which one or more of the parties is subject to it or affected by it...* », Section 3(2) du *Judicature Act*. Cette loi précise les diverses catégories de règles juridiques en conformité avec lesquelles la juridiction de tous les tribunaux doit être exercée. D'après cette disposition du *Judicature Act*, les tribunaux peuvent choisir de ne pas être guidés par le droit coutumier. Parallèlement, selon cette clause, un non Africain peut être jugé selon le droit coutumier dans un différend avec un Africain, si le tribunal en décide ainsi.

⁴⁰⁸ La Cour d'Appel (*Court of Appeal*) est établie par la Section 64 de la Constitution. Elle juge des appels de la Haute Cour du Kenya et ne statue qu'en appel.

au reste du Kenya. Les titulaires de ces postes toujours en fonction furent simplement reconvertis en *District Officers* ou *District Commissioners*, alors que les fonctions des Kadhis furent légèrement modifiées. Dès septembre 1963, une note précisa que les pouvoirs de ces derniers se limiteraient exclusivement aux personnes de confession musulmane, dans les affaires de statut personnel, de mariage, de divorce et d'héritage. Contrairement à la situation coloniale, ils n'avaient donc plus aucun pouvoir sur les populations africaines non musulmanes et leurs attributions en matière criminelle furent abolies. En 1967, le vote du *Kadhis' Court Act*, qui reprenait et complétait les dispositions de l'article 66 de la Constitution, précisa le statut des magistrats de droit islamique. L'adoption de cette loi ne fut toutefois pas sans poser problème et les débats précédant son vote traduisaient et exprimaient certaines inquiétudes, certains arguments et certaines oppositions qui se sont de nouveau manifestés lors des discussions relatives à l'adoption d'une nouvelle Constitution, à partir de la fin des années 1990⁴⁰⁹. Au cours des débats parlementaires et alors que certains députés semblaient s'opposer au principe même de l'existence de juridictions appliquant le droit musulman, le Président du Parlement rappela à plusieurs reprises qu'il ne s'agissait pas de savoir s'il fallait ou non maintenir ces institutions, dont l'existence était protégée par leur statut constitutionnel⁴¹⁰. Malgré cela, des voix se firent entendre contre leur maintien : leur bien-fondé fut, par exemple, remis en cause par M. Oginga Odinga, qui condamnait leur préservation au nom de la souveraineté du pays. D'après lui, le Kenya indépendant n'avait fait que « copier » le système mis en place par les Britanniques et les tribunaux de Kadhis avaient été conservés sans que cela n'eut jamais été discuté au sein des nouvelles institutions gouvernementales. Il argumenta son propos en estimant que le droit musulman pourrait tout aussi bien être appliqué dans le cadre des tribunaux de droit commun, les Kadhis n'étant, en fin de compte, que des magistrats comme les autres⁴¹¹. En outre, son raisonnement reposait sur l'idée que le maintien des juridictions de droit coranique irait à l'encontre de la construction de l'unité nationale, puisqu'il donnerait l'impression que les musulmans « *sont un peuple distinct, très différent du reste de la population* »⁴¹².

⁴⁰⁹ Les débats relatifs au statut des tribunaux de Kadhis dans le cadre des discussions pour l'adoption d'une nouvelle Constitution font d'ailleurs l'objet du chapitre suivant.

⁴¹⁰ Republic of Kenya, *The National Assembly Official Report, Vol. XII (Part 1), Fifth Session, Tuesday, 23rd May 1967 to Wednesday, 28th June 1967*, pp. 148, 153, 155.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 146.

⁴¹² Oginga Odinga, le 24 mai 1967: « *they are distinctive people who are very different from the rest* ». *Ibid.*, p. 147.

Le thème de l'unité nationale dominait le discours politique d'un grand nombre de leaders des États nouvellement indépendants et plusieurs autres députés pensaient également que le maintien de juridictions séparées pour une communauté particulière entraînerait des distinctions statutaires indésirables. À l'opposé, les députés musulmans soutenaient avec ferveur la proposition de loi, arguant qu'une telle législation constituerait une preuve des intentions louables du Gouvernement à l'égard des musulmans. Par exemple, lors de sa prise de parole, le député Balala se dit certain que les dispositions de ce texte suffiraient à démontrer le mal fondé de la propagande de la République de Somalie, selon laquelle le Gouvernement kenyan était une administration chrétienne, ne tenant pas compte des aspirations de sa population islamique⁴¹³. M. Mwamzandi, le député de Kwale, résuma fort bien l'importance de la reconnaissance des institutions kadhiales pour les fidèles lorsqu'il déclara :

« C'est un tribunal très, très important, que les musulmans doivent avoir. Je dis cela parce que, dans la plupart des cas, les mariages sont déterminés à travers le Saint Coran et il ne serait pas souhaitable, ainsi que certains orateurs l'ont déclaré ici, qu'un autre tribunal juge de ces affaires. Il n'est pas bon, M. le Président, que n'importe quel litige musulman soit arbitré par n'importe quel magistrat qui ne comprend aucune des lois islamiques. Ceci est tout aussi important en ce qui concerne le divorce et l'héritage »⁴¹⁴

Plusieurs autres points furent abordés lors de ces discussions, les principaux portant sur l'aire de juridiction des tribunaux de Kadhi et leur localisation, le nombre de ces institutions, leurs compétences, ainsi que les modalités de sélection et de nomination de leurs juges. De nombreuses interrogations concernaient par ailleurs la méthode d'appel. En droit musulman classique, il n'existe pas de procédure de recours et les jugements des Kadhis sont finaux et indiscutables. Or, la colonisation avait établi la règle du transfert des appels des tribunaux de Kadhi vers la Haute Cour et, lors des discussions sur l'adoption du *Kadhis' Courts Act*, certains députés proposèrent de reprendre ce procédé. Mais ceci entraînait toute une série de problèmes concrets. Il convenait tout d'abord d'établir dans quels types de situations un recours pourrait être envisagé, avant de déterminer comment un tribunal non islamique serait en mesure de juger d'un appel sur une question de droit coranique. Enfin, il s'agissait de

⁴¹³ M. Balala, le 24 mai 1967, *Ibid.*, p. 151.

⁴¹⁴ M. Mwamzandi, le 24 mai 1967: « *this is a very, very important court which the Moslems must have. I say this, because in most cases, marriages are determined through the Holy Koran and it is not good, as some of the speakers have imputed here, for any other court to try these cases. It is not good for any other Islamic case to be tried by any other magistrate, Mr. Speaker, who does not understand any Islamic laws. It is equally important as regards divorce and inheritance* ». *Ibid.*, p. 167.

préciser le rôle qui serait imparti au Chief Kadhi auprès de la Haute Cour, dans le cas où un jugement serait contesté. M. Somo, un député musulman, proposa une solution dans les termes suivants :

« Si un cas se présente où un mari a répudié sa femme trois fois, et il a été confirmé par le Kadhi que l'époux a divorcé trois fois, alors il n'y a pas de possibilité d'appel. Ceci devrait être parfaitement entendu, parce que les Kadhis ont été nommés par ce Gouvernement et ils ont été désignés parce qu'ils comprennent le droit musulman. (...) Si une ex-épouse, qui a été répudiée trois fois, peut déposer un recours dans le cas où elle n'a pas reçu sa dot, c'est une autre chose. Elle peut faire appel auprès du Kadhi ou de la Haute Cour. M. le Président adjoint, en dehors de ce que je viens juste de dire, toutes les décisions rendues par le Kadhi ou le Chief Kadhi devraient être finales »⁴¹⁵

M. Somo exprimait ainsi le souci que les règles de droit islamique ne soient pas trop affectées par une législation votée par une majorité de députés non musulmans. Sa proposition ne reçut cependant pas d'écho puisque la loi, adoptée en 1967, prévoyait la possibilité de contester toutes les décisions des Kadhis auprès de la Haute Cour. Le *Kadhi's Courts Act*, qui constitue toujours la base de la juridiction et du statut des Kadhis, fut enregistré comme Chapitre 11 des Lois du Kenya et prit effet le 1^{er} août 1967. Son article 5, reprenant les dispositions constitutionnelles, stipule les attributions des juges de droit coranique, disposant que :

« Un tribunal de Kadhi a et exerce la juridiction suivante, à savoir, la détermination des questions de droit musulman qui se rapportent au statut personnel, au mariage, au divorce ou à l'héritage, dans les affaires où toutes les parties sont de religion musulmane ; mais rien dans cette section ne limite la juridiction de la Haute Cour ou de n'importe quel tribunal subordonné pour toute affaire qui est portée devant lui »⁴¹⁶

La loi introduisit néanmoins quelques innovations par rapport aux dispositions constitutionnelles, en élargissant par exemple l'aire géographique de compétence des Kadhis, qui pouvaient siéger à la fois dans les anciennes terres à statut de protectorat, mais aussi dans le reste du Kenya. L'article 4 de la loi votée en 1967 prévoyait, certes, que trois postes de

⁴¹⁵ M. Somo, le 6 juin 1967: « *Whenever there is a case where a husband has divorced his wife three times, and it has been approved by the Kadhi that the husband has divorced the wife three times, then there is no case of appeal. This should be clearly understood because the Kadhis have been appointed by this Government, and they have been appointed because they do understand Moslem law. (...) If an ex-wife, who has been divorced three times, can appeal at the time when she is not given dowry, then that is another case. She can appeal either to the Kadhi or to the High Court. Mr Deputy Chairman, apart from what I have just said, all other decisions made by the Kadhi or the Chief Kadhi should be final* ». Ibid., pp. 595-596.

⁴¹⁶ « *A Kadhi's Court shall have and exercise the following jurisdiction, namely the determination of questions of Muslim law relating to personal status, marriage, divorce or inheritance in proceedings in which all the parties profess the Muslim religion; but nothing in this section shall limit the jurisdiction of the High Court or of any subordinate court in any proceeding which comes before it* ».

Kadhi devraient être établis dans la région côtière, mais il précisait également que cinq autres devraient être instaurés, soit un pour les provinces du Nyanza, de l'Ouest et de la Rift Valley, un pour les district de Wajir et de Mandera, un pour Nairobi et les provinces du Centre et de l'Est, un pour les districts de Garissa et de Tana River et, enfin, un pour les districts de Marsabit et d'Isiolo. Par cette législation, le Gouvernement kenyan reconnut le caractère national du droit musulman, puisque des tribunaux de Kadhi pouvaient exercer leur juridiction sur tous les fidèles dans le pays, pour les affaires de statut personnel. Ainsi, comme le souligne A.M. Bhattacharjee au sujet de l'Inde, le droit coranique ne représente pas un droit local, car il s'applique aux musulmans dans l'ensemble du pays, mais il peut être considéré comme spécifique, car il ne concerne pas tous les citoyens et constitue le droit général pour les musulmans⁴¹⁷.

Cependant, le Gouvernement indépendant, encore jeune, avait d'abord en tête la création d'un système judiciaire intégré. De ce fait, toujours lors des discussions sur l'adoption du *Kadhi's Courts Act*, le Ministre de la Justice de l'époque rejeta le caractère soi-disant « spécial » du droit islamique et expliqua que l'une des missions de la Haute Cour, dans sa fonction d'appel, serait de le réformer⁴¹⁸. D'ailleurs, au moment même où le projet de loi sur les tribunaux de Kadhis était discuté au Parlement, le Gouvernement institua deux Commissions ayant pour mission de réfléchir à une harmonisation des législations sur le mariage, le divorce et les successions. La concomitance du vote de la loi et de la création des Commissions fut utilisé par certains parlementaires peu favorables aux dispositions constitutionnelles relatives aux juridictions kadhiales. Ces derniers soulignèrent qu'il était illogique de maintenir et de formaliser des tribunaux séparés pour les musulmans alors que, dans le même temps, deux commissions travaillaient sur les voies d'harmonisation des diverses législations en matière de statut personnel.

⁴¹⁷ BHATTACHARJEE, A.M., *Muslim Law and the Constitution*, Calcutta & New Delhi : Eastern Law House, 1994.

⁴¹⁸ GHAI, Y.P. et Mc AUSLAN, J.P.W.B., 1970, *op. cit.*, pp. 368-369.

b. Les tentatives d'unification de la législation en matière de statut personnel et l'opposition des musulmans : vers la consolidation de la reconnaissance officielle de l'application du droit islamique⁴¹⁹.

Le droit kenyan dans le domaine du statut personnel se révèle relativement complexe puisque, en plus de la loi générale applicable à tous les citoyens, il existe un système de législations personnelles concurrentes, qui se rapportent aux membres de différentes communautés ethniques ou religieuses. Cette situation n'est pas unique et dans de nombreux pays, le pluralisme juridique est reconnu pour diverses questions liées aux convictions personnelles ou confessionnelles d'un individu, le plus souvent dans le domaine matrimonial (mariage et divorce) et des successions. D'un point de vue théorique, la reconnaissance du pluralisme juridique symbolise aussi l'acceptation de diverses manières de vivre et de se comporter, régies par différents systèmes de droit⁴²⁰. Au Kenya, comme ailleurs en Afrique, la diversité juridique résulte de la colonisation et de la pluralité culturelle, sociale et religieuse. Sous la colonisation, le maintien des lois coutumières africaines faisait partie de la politique générale, consistant à établir une distinction juridique entre les indigènes et les Européens. Or, à l'indépendance, alors que le nouveau Gouvernement tentait d'uniformiser le système de tribunaux, une unification législative fut envisagée comme outil susceptible de contribuer à la construction de l'unité nationale. Cependant, la situation de pluralité juridique fut conservée en matière de statut personnel, témoignant de la difficulté à concilier l'unité de la loi nécessaire à un état moderne et le respect des consciences individuelles.

En matière de mariage, le droit kenyan reconnaît quatre types de contrats : civil, coutumier, hindou et musulman, chacun étant rattaché à une loi spécifique. Le *Marriage Act*, Chapitre 150 des Lois du Kenya, permet à toute personne, quelle que soit son origine ou sa confession, de contracter une union matrimoniale. Ce texte, basé sur le droit anglais, reconnaît également la validité des mariages de droit coutumier. L'*African Christian Marriage and Divorce Act*, Chapitre 151, traite des mariages et des divorces des Africains chrétiens, leur permettant, si ils sont déjà mariés selon le droit coutumier, de convertir cette union en mariage civil monogame. Enfin, le *Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Act* (Chapitre 156) et l'*Hindu Marriage and Divorce Act* (Chapitre 157) s'appliquent respectivement aux

⁴¹⁹ Ce point a été très bien étudié par COTRAN, E., « Marriage, Divorce and Succession Laws in Kenya : is integration or unification possible? », *Journal of African Law*, Vol. 40, n° 2, 1996, pp. 194-204.

⁴²⁰ MALLAT, C., 1990, *op. cit.*, pp. 1-7.

musulmans et aux hindous. Le *Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Act* est l'héritier de la *Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Ordinance* de 1897. Cette dernière constitua la première législation adoptée en matière de droit islamique au Kenya. Elle s'appliquait dans les anciens territoires du Sultanat de Zanzibar, puis un amendement élargit son aire de compétence hors des dominions du Sultan dans les années 1900. Le texte fut de nouveau modifié en 1906, pour autoriser le Gouvernement colonial à déterminer comment seraient reconnus les rituels musulmans en matière de mariage et de divorce. Mis à part cette loi, le *Mohammedan Marriage and Divorce Registration Act* (Chapitre 155 des Lois du Kenya) fixe les conditions et les modalités de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans, ainsi que les fonctions des « *Assistant Registrars of Muslim Marriages and Divorces* », les officiers en charge des registres et de la délivrance des certificats pour ce type de contrats. Les compétences des juges islamiques sont précisées dans le *Kadhis' Courts Act*, dont les dispositions générales ont été exposées précédemment. Enfin, le *Wakf Commissioners Act*, voté en 1900 et amendé en 1951, concerne la nomination, les pouvoirs et les devoirs de certains officiers musulmans au regard de la loi relative aux *Wakf*. L'implication majeure de l'ensemble de ces législations est de créer un corps de droit distinct pour les fidèles et de définir le système juridique de la population islamique en termes religieux⁴²¹. Le *Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Act* prévoit, par exemple, dans son article 3 que :

« Les mariages musulmans, qu'ils aient été contractés avant ou après le commencement de cette Ordonnance, devront être considérés comme valides à travers tout le Kenya, et les parties à une telle union devront, ainsi que prévu par les dispositions de cette ordonnance, avoir le droit à n'importe quelle assistance, que ce soit par le biais d'un divorce ou tout autre chose qui puisse être accordée ou obtenue en respect du droit musulman et ce droit devra s'appliquer en conséquence »⁴²²

En matière d'héritage, le même texte, dans son article 4, dispose :

« Lorsqu'une personne a contracté un mariage ou, étant un homme, a contracté des mariages, selon le droit musulman, que ce ou ces mariage(s) ai(en)t été contracté(s) avant ou après le commencement de cette Ordonnance, et une telle personne décède après le commencement de cette Ordonnance, et lorsque la progéniture d'un tel mariage ou de tels mariages décède après le commencement de cette Ordonnance, le

⁴²¹ Analyse proposée pour le cas de l'Inde : MINAULT, G., « Women, Legal Reform and Muslim Identity », in HASAN, M. (ed.), 1998, *op. cit.*, pp. 139-158.

⁴²² Article 3 (1): « *Mohammedan marriages, whether contracted before or after the commencement of this Ordinance, shall be deemed to be valid marriages throughout Kenya, and the parties thereto shall, subject to the provisions of this Ordinance, be entitled to any relief by way of divorce or otherwise which can be had, granted or obtained according to Mohammedan law, and such law shall apply accordingly* ».

droit des successions applicable aux biens meubles et immeubles d'une telle personne devrait être en accord avec les principes du droit musulman nonobstant les dispositions contraires de toute Ordonnance ou règle de droit :

À condition que, lorsque dans la secte de musulmans à laquelle le défunt appartenait le droit des successions diffère du droit ordinaire des successions selon les principes musulmans ordinaires, c'est le droit des successions propre à cette secte qui devra s'appliquer »⁴²³

Plusieurs arguments peuvent justifier le maintien, pour les musulmans, d'un modèle de droit différent en matière de statut personnel. Parmi ceux-ci, figurent la relation très forte qui existe entre croyances religieuses, principes légaux et relations familiales dans l'islam, mais aussi le fait que l'application du droit islamique du statut personnel relève de la liberté religieuse et exprime le respect du droit des « minorités » religieuses et du pluralisme culturel. C'est un argument qu'invoquent d'ailleurs, de nos jours, certaines populations musulmanes, en Occident, qui souhaiteraient pouvoir appliquer leur droit particulier pour les questions de statut personnel⁴²⁴. Dans un souci de modernisation, plusieurs pays à populations majoritairement islamiques, comme l'Égypte, le Maroc, la Tunisie, la Turquie, la Syrie ou le Soudan, ont adapté le droit de la famille, de manière à tenir compte de certaines évolutions contemporaines, surtout en ce qui concerne le statut des femmes. En revanche, au Kenya, depuis l'indépendance, le droit coranique en matière de statut personnel a été peu affecté. Cette situation ne tient pas à l'expression de l'efficacité du droit islamique, mais plutôt au souci de préserver le soutien des musulmans, qui constituent une force politique non négligeable dans certaines régions stratégiques, comme la Côte ou le Nord-Est du pays. Les tentatives de modernisation de la loi musulmane rencontrèrent d'ailleurs une opposition catégorique, au motif que toute modification aurait signifié une altération de la Charia. Cette idée s'illustre bien par la manière dont furent rejetés les projets d'unification des législations en matière de mariage, de divorce et d'héritage à la fin des années 1960, en raison de l'opposition des musulmans⁴²⁵. À cette époque, et à l'initiative de l'*Attorney General*,

⁴²³ Article 4 : « *Where any person contracts a marriage, or being a male contracts marriages, in accordance with Mohammedan law, whether such marriage is or marriages are contracted before or after the commencement of this Ordinance, and such person dies after the commencement of this Ordinance, the law of succession applicable to the property both movable and immovable of any such person shall be in accordance with the principles of Mohammedan law, any provision of any Ordinance or rule of law to the contrary notwithstanding : Provided that where in any sect of Mohammedans to which the deceased belonged the law of succession in accordance with the ordinary principles of Mohammedan law, then the law of succession applicable to such sect shall apply* ».

⁴²⁴ Par exemple, Sebastian Poulter étudie les demandes des musulmans britanniques pour la reconnaissance d'un système séparé de droit en matière de statut des personnes, POULTER, S., « The Claim to a Separate Islamic System of Personal Law for British Muslims », in MALLAT, C. et CONNORS, J. (eds), 1990, *op. cit.*, pp. 147-166.

⁴²⁵ Pour une présentation succincte mais très complète des différentes législations en la matière, voir : COTRAN, E., *Restatement of African Law, Kenya*, London : Sweet and Maxwell, 2 volumes, 1968.

Charles Njonjo, deux commissions avaient été créées, avec pour tâche de réfléchir aux moyens d'uniformiser les différentes législations existant dans ces domaines⁴²⁶. Une des raisons avancées par Charles Njonjo pour justifier la création de ces commissions concernait la pluralité des droits qui, d'après lui, était source d'innombrables conflits dans l'administration de la justice. L'*Attorney General* expliquait notamment :

« Alors que notre Constitution permet des différenciations dans le traitement de certaines sections de la communauté en ce qui concerne la législation qui traite du mariage, du divorce, et d'autres questions de droit personnel, cela ne signifie pas que de telles distinctions radicales, ainsi qu'elles existent aujourd'hui au Kenya, sont désirables si nous souhaitons intégrer les diverses communautés dans l'intérêt de construire une nation »⁴²⁷

D'autres arguments furent avancés pour légitimer l'établissement de ces deux commissions. Les premiers étaient politiques, répondant à la volonté de mettre un terme au tribalisme et d'encourager l'unité et la construction de la Nation kenyane. Les autres motifs étaient économiques et sociaux, voués en particulier, dans le domaine foncier, à stopper la fragmentation des terres. Enfin, des causes légales et constitutionnelles furent invoquées, reposant sur la volonté de mettre fin aux discriminations de certains droits à l'égard des femmes et surtout aux conflits possibles entre les quatre systèmes de loi⁴²⁸. Afin de répondre à ces défis, les Commissions, dans leurs conclusions, proposèrent d'unifier les différents droits, sans toutefois se prononcer en faveur d'une loi totalement intégrée⁴²⁹.

En ce qui concerne le mariage, tout d'abord, la Commission recommanda que les différents types existants (civil, coutumier et religieux) puissent être maintenus mais que, quelle que soit la forme choisie, les conséquences pratiques en soient les mêmes. Par conséquent, tous les mariages devraient être enregistrés, l'âge minimum au mariage serait de dix-huit ans pour les garçons et de seize ans pour les filles, le paiement d'une dot ne serait pas obligatoire et les époux auraient à préciser avant de se marier si leur union serait monogame ou polygame. En cas de problème au sein du couple, un divorce ne pourrait être prononcé que par un tribunal, lequel déciderait ensuite du partage des biens entre les époux. Plusieurs

⁴²⁶ East African Law Journal, March-June 1969, Vol. V, n° 1-2, *Special Issue : Republic of Kenya. Reports of the Commissions on the Laws of Marriage and Divorce Succession*, Nairobi : East African Law Journal.

⁴²⁷ « Whilst our Constitution permits differentiation in treatment of sections of the community in regard to legislation dealing with marriage, divorce, and other matters of personal law, that is not to say that such radical distinctions as exist at the present time in Kenya are desirable if we are to integrate the various communities in the interests of building one nation ». Cité dans COTRAN, E., 1996, *op. cit.*, pp. 195-196.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 197.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 201.

dispositions du projet de loi allaient incontestablement à l'encontre de certaines clauses de la Charia⁴³⁰. Il était par exemple suggéré qu'un mariage ne pourrait être célébré qu'avec l'accord mutuel et libre des deux parties du couple, alors qu'en droit musulman, un enfant mineur peut être donné en mariage par ses tuteurs. De même, l'interdiction des unions des garçons de moins de dix-huit ans et des filles de moins de seize ans contredisait la règle islamique selon laquelle un enfant peut contracter une union dès lors qu'il a atteint sa puberté. En matière de divorce, l'obligation d'une séparation prononcée par un tribunal aurait mis un terme à la répudiation unilatérale, telle que pratiquée dans l'islam et la renonciation de l'un des époux à l'islam n'aurait plus été un motif de rupture automatique de mariage. Toutefois, les propositions de la Commission dans ce domaine n'eurent aucun impact concret, puisque le Parlement ne suivit pas ses recommandations et que les quatre systèmes de droit en vigueur furent maintenus⁴³¹.

En revanche, les suggestions de la Commission sur les Successions déclenchèrent un mouvement d'opposition massif des musulmans. Dans ce domaine, la Commission critiqua le *Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Act*, sur le fait que le texte, reprenant les dispositions du droit coranique, liait l'héritage à la condition du mariage de droit islamique, c'est-à-dire que le droit islamique en matière de succession n'était applicable que si le défunt avait contracté un mariage musulman ou s'il était l'enfant d'un mariage musulman⁴³². La Commission condamna aussi la distribution inégale des biens d'un héritage entre les garçons et les filles selon le droit islamique, alors qu'elle était très préoccupée par le droit des femmes à hériter⁴³³. Elle proposa donc, entre autres, que les filles héritent à égalité avec les garçons, une disposition particulièrement difficile à accepter pour les musulmans puisque, en droit coranique, une veuve ne peut hériter que d'un huitième des biens de son époux défunt et les filles n'héritent que de la moitié de la part des fils. Les recommandations prévoyaient en outre que les enfants illégitimes ou adoptés héritent à égalité avec les enfants légitimes, alors qu'en

⁴³⁰ Ce point a été étudié de manière exhaustive par ANDERSON, J.N.D., « Comments with Reference to the Muslim Community », *East African Law Journal*, Vol. V, n° 1-2, mars-juin 1969, *Special Issue : Republic of Kenya. Reports of the Commissions on the Laws of Marriage and Divorce Succession*, pp. 5-20.

⁴³¹ COTRAN, E., 1983, *op. cit.*, p. 49. Plus récemment, en 2007, un nouveau projet de « *Marriage Bill* » a été envisagé, pour unifier les différentes lois en matière d'union matrimoniale. Il aurait permis le maintien des divers systèmes, tout en établissant des règles communes obligatoires (âge minimum du mariage à 18 ans, non-obligation du paiement d'une dot, simplification des règles du divorce, etc.). Les musulmans se sont opposés à ce projet, qui n'a d'ailleurs pas été voté. *Daily Nation*, 14/08/07, p. 16 : lettre ouverte du *Supreme Council of Kenya Muslims* ; *The Standard*, 14/08/07, pp. 1-3 : « *Bill may legalise polygamy, come-we-stay unions* ».

⁴³² COTRAN, E., 1996, *op. cit.*, p. 200.

⁴³³ Ici, c'est d'ailleurs surtout certaines règles coutumières qui étaient visées, la plupart d'entre elles ne reconnaissant aucun droit d'héritage aux filles ou aux femmes.

droit musulman, les premiers n'ont aucun droit en la matière. Un autre point de discordance concernait la rédaction d'un testament. Les quatre écoles juridiques sunnites s'accordent sur la possibilité pour les musulmans de n'assigner par testament à des non héritiers qu'un tiers de leurs biens. Ainsi, rien ne peut empêcher les ayants droit légaux, définis par la loi religieuse, de se partager les deux-tiers du patrimoine du défunt. Or, la Commission proposa que toute personne puisse rédiger un testament pour l'ensemble de ses possessions et ait donc la faculté de les distribuer comme bon lui plairait.

En raison de l'ampleur des critiques, une proposition de loi sur les successions ne fut introduite au Parlement qu'en 1972, soit quatre années après la publication des recommandations de la Commission et le *Law of Succession Act*, le texte finalement voté, ne fut enregistré par le Ministre de la Justice qu'à l'issue de huit autres années, le 1^{er} juillet 1981. En théorie du moins, les dispositions du *Law of Succession Act* s'appliquèrent donc aux musulmans à compter de cette date, même si, dans les faits, il est peu probable que les fidèles aient respecté la nouvelle réglementation qui leur semblait inacceptable. Comme l'expliquait le professeur Mohamed Hyder Matano dans un article publié par le *Daily Nation* en 1981, demander aux musulmans de signer un testament pour que le droit islamique en matière de succession leur soit appliqué se percevait comme une offense, dans la mesure où la loi coranique étant divine, elle devrait s'appliquer automatiquement au défunt musulman, sans que celui-ci n'ait à en formuler le souhait⁴³⁴. Dans certaines parties du pays, des leaders religieux organisèrent diverses formes de protestations et, par exemple, dans le district de Lamu, plus d'une centaine d'organisations islamiques affirmèrent en bloc qu'une acceptation de la nouvelle loi signifierait une renonciation à leur religion, parce que le texte contredisait le Coran⁴³⁵. Un membre musulman du Gouvernement, Kassim Mwamzandi, alors Ministre Adjoint de l'Énergie, mais également Président du *Supreme Council of Kenya Muslims* (SUPKEM), déclara aussi que la nouvelle loi était inacceptable car elle mettait à mal l'autorité du Saint Coran et éloignerait les fidèles du mode de vie islamique⁴³⁶. Un autre homme politique musulman, M. Mohamed A. Amana, affirma encore que si les fidèles respectaient les dispositions du *Law of Succession Act*, qui selon lui contredisaient le principe de la liberté de religion inscrit dans la Constitution, il leur serait alors impossible de rester musulmans⁴³⁷. L'ensemble de ces prises de position traduisait bien le sentiment des fidèles que leur loi est

⁴³⁴ *Daily Nation*, 08/09/1981, p. 6 : « *Law of Succession and the Muslims* ».

⁴³⁵ *Daily Nation*, 28/07/1981, p. 4 : « *Muslims oppose new law on heirs* ».

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ *Daily Nation*, 03/09/1981, pp. 1 et 20 : « *A-G hits out at Muslims* ».

particulière, en raison de sa forte dimension religieuse. Du point de vue de l'administration judiciaire, le texte aurait affecté le travail des Kadhis, responsables de la distribution des biens au regard de la loi musulmane en cas de problème de succession. Ainsi, dans l'hypothèse de l'adoption d'une législation uniforme, leur travail aurait radicalement diminué. Ceci explique sans doute pourquoi, Sheikh Ali Darani, qui était alors Kadhi pour les districts de Mombasa et de Kwale, appela tous les juges de droit coranique à la démission si la nouvelle loi sur les successions n'était pas amendée⁴³⁸.

Par ailleurs, certains leaders musulmans profitèrent de l'occasion pour chercher à asseoir une légitimité qui ne paraissait pas toujours certaine, se prétendant les porte-parole de l'ensemble des fidèles dans leur opposition au texte. Le SUPKEM annonça par exemple vouloir convoquer une réunion de divers leaders et lettrés musulmans pour ensuite diriger une délégation auprès du Président Moi et lui expliquer les raisons de leur condamnation de la nouvelle loi⁴³⁹. Étant chargé de juger les affaires de droit coranique, le Chief Kadhi aurait pu faire figure de représentant naturel des musulmans sur la question. Or, au cours des débats ayant suivi l'adoption du texte, certains parlementaires lui reprochèrent de ne pas avoir su gérer la controverse de façon satisfaisante. L'un d'entre eux appela même Sheikh Abdallah Saleh al-Farsy à démissionner, l'accusant de ne pas s'être prononcé sur la loi, alors qu'il était censé être le conseiller du Gouvernement sur toutes les questions de droit islamique⁴⁴⁰. Le Chief Kadhi toutefois, ne sembla pas s'inquiéter de ces critiques, déclarant que, s'il lui incombait de guider les autorités sur les questions musulmanes, il n'était pas pour autant le porte-parole de la communauté⁴⁴¹. Cependant, la volonté de maintenir un droit différent apparut comme un facteur de mobilisation identitaire, même si la plupart des musulmans qui s'exprimèrent sur la question précisèrent bien que leur refus de la loi sur les successions ne constituait pas un signe d'opposition au Gouvernement, au Président ou au parti au pouvoir⁴⁴². Ainsi que le soulignèrent plusieurs leaders lors d'une réunion à Mombasa, leur rejet du texte ne signifiait pas une remise en cause de leur loyauté envers les institutions étatiques, mais traduisait le désir d'obtenir l'assurance de pouvoir professer librement leur religion⁴⁴³. Un des lecteurs du *Daily Nation* exprima parfaitement ce sentiment, en écrivant :

⁴³⁸ *Daily Nation*, 05/09/1981, pp. 1 et 20 : « *Defy New Law, Muslims Told* ».

⁴³⁹ *Daily Nation*, 03/09/1981, p. 6 : « *Law of Succession: Who has the last word?* ».

⁴⁴⁰ *Daily Nation*, 04/09/1981, pp. 1 & 30 : « *Resign, Chief Kadhi told* ».

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² Ceci fut par exemple bien affirmé par les organisations musulmanes de Lamu qui s'étaient réunies pour manifester leur opposition à la loi. *Daily Nation*, 28/07/1981, p. 4 : « *Muslims oppose new law on heirs* ».

⁴⁴³ *Daily Nation*, 07/09/1981, p. 20 : « *Muslims ask Moi to help* ».

« Environ un quart de la population de ce pays est musulmane et elle doit une allégeance sans écart au Chef de l'État, défend la Constitution du pays et se conforme à la loi. Dans le même temps, ces personnes sont tenacement attachées à leur religion, l'islam, et aux lois islamiques (Charia), telles qu'elles sont écrites dans le Coran, que tout musulman considère comme sacro-saint »⁴⁴⁴

Malgré ces oppositions, en septembre 1981, le Ministre de la Justice, Joseph Kamere, affirma que les musulmans ne bénéficieraient d'aucune exemption à la nouvelle législation sur les successions et expliqua que « *les lois du pays sont faites pour tous et [qu']aucune section de la société kenyane n'en sera dispensée* »⁴⁴⁵. Il poursuivit en assurant que la loi islamique, au Kenya, était semblable à n'importe quel autre droit coutumier et devait par conséquent se soumettre à la législation générale. D'après lui encore, l'opposition des musulmans ne se justifiait pas, dans la mesure où la nouvelle réglementation prendrait soin des intérêts de toutes les communautés et il expliquait que si un musulman souhaitait que ses biens soient distribués selon le droit coranique après son décès, il lui suffisait de le mentionner dans son testament. Espérant peut-être rassurer les musulmans, il déclara de façon très maladroite : « *Nous respectons les lois coutumières, y compris celles qui sont islamiques, mais nous devons prendre soin de tous et lorsque ces lois deviennent démodées, nous ne pouvons les accepter* »⁴⁴⁶. Ces propos, qu'ils aient été malhabiles ou volontairement provocateurs, déclenchèrent de nombreuses réactions de la part des fidèles, qui se sentirent bien souvent insultés⁴⁴⁷. Les déclarations du Ministre de la Justice ne suscitèrent pas seulement les commentaires des « leaders », mais aussi celles des musulmans « de base », dont le quotidien *Daily Nation* publia plusieurs réflexions dans son courrier des lecteurs. Par exemple, dans l'édition du 10 septembre 1981, un certain Elias M. Yussuf, de Nairobi, écrivait sur un ton plutôt acerbe :

« La déclaration récente du Ministre de la Justice à propos de la Loi sur les Successions a anéanti l'espoir et les aspirations des musulmans dans ce pays. Si rien

⁴⁴⁴ « *About one-quarter of the population of this country is made up of Muslims who owe their unswerving allegiance to the Head of State, uphold the Constitution of the country, and are law abiding. At the same time, these people are tenaciously attached to their religion, Islam, and Islamic laws (Shariah) as written in the Holy Quran, which every Muslim holds as sacrosanct* ». Courrier de Omar Nassar, Kisumu, *Daily Nation*, 10/09/1981, p. 7.

⁴⁴⁵ « *The laws of the country are made for all and no section of the Kenyan society will be exempted from them* », citation rapportée dans le *Daily Nation*, 03/09/1981, pp. 1 & 20 : « *A-G hits out at Muslims* ».

⁴⁴⁶ « *We respect customary laws, including Islamic ones, but we must cater for all and when such laws become outmoded we can't accept them* », citation rapportée dans le *Daily Nation*, 03/09/1981, pp. 1 & 20 : « *A-G hits out at Muslims* ».

⁴⁴⁷ *Daily Nation*, 08/09/1981, p. 6 : « *Law of Succession and the Muslims* » ; *Daily Nation*, 11/09/1981, p. 7 : « *Muslims demand apology* » ; *Daily Nation*, 18/09/1981, p. 7 : « *Islamic laws outmoded* ».

n'est fait pour améliorer la situation, l'état des choses va engendrer haine, antagonisme et apathie chez les musulmans. Pour mémoire, je souhaite rappeler à notre Ministre de la Justice que les lois islamiques ne sont pas comme les autres lois coutumières et que, par conséquent, elle ne sont pas soumises au droit commun du pays. Le droit islamique est différent du droit élaboré par l'homme dans la mesure où il allie la religion et les actes séculiers et promulgue des préceptes pour la vie sur terre, comme pour l'au-delà. Les musulmans se sont toujours conformés aux enseignements du Saint Coran et ils ne négocieront pas ces enseignements pour des lois séculières défectueuses, quel qu'en soit le prix »⁴⁴⁸

La controverse prit une telle ampleur que le Président Daniel arap Moi lui-même se sentit forcé d'intervenir pour tenter d'apaiser les inquiétudes des fidèles. Après avoir reçu à State House une délégation de leaders musulmans dirigée par le SUPKEM, il conseilla à ces derniers de former un comité pour travailler avec le Ministre de la Justice aux moyens de dégager un compromis. Puis, en 1990, le Président Moi demanda au Parlement d'adopter les amendements nécessaires à la loi sur les successions pour protéger les intérêts des fidèles en respect du Saint Coran⁴⁴⁹. Cette déclaration n'était sans doute pas dénuée d'objectifs politiques, dans la mesure où, après une telle prise de parole, le Président Moi était certain de s'attirer la sympathie des musulmans. Dans une mise en scène bien organisée, Daniel arap Moi fit son annonce devant une délégation de la *National Union of Muslims*, à la State House de Mombasa, et déclara que, dans sa forme présente, la loi sur les successions apparaissait contraire au Coran et qu'elle devait donc être amendée⁴⁵⁰. Un amendement fut donc voté la même année⁴⁵¹, permettant à la population islamique de continuer à appliquer ses règles en matière de distribution de l'héritage.

Les débats et la mobilisation des musulmans dans le cadre de l'adoption de la loi sur les successions ne manifestaient pas seulement le conflit entre une communauté religieuse et le pouvoir séculier à propos du désir de bénéficier d'un droit particulier⁴⁵², mais exprimaient aussi une participation, volontaire ou contrainte par le désir de défendre sa foi, aux débats

⁴⁴⁸ « *The recent statement on the succession law by the Attorney-General has shattered the hope and aspirations of Muslims in this country. If nothing is done to improve the situation the impending state of affairs will breed hatred, antagonism and apathy among Muslims. For the record, I must point out to our learned Attorney-General that Islamic laws are not like other customary laws and therefore are not subject to the common laws of the country. Islamic law is distinct from man-made law in that it blends religion with secular deeds and promulgates precepts for this worldly life for the Hereafter. Muslims have always been following the teachings of the Holy Quran and will not bargain these teachings for defective secular laws whatever the price* ». *Daily Nation*, 10/09/1981, p. 7.

⁴⁴⁹ *The Standard*, 01/09/1990, p. 3 : « *Muslims praise Moi over order* ».

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ *Statute Law (Miscellaneous Amendments) (No. 2) Act*, 1990, mis en œuvre à partir du 1^{er} janvier 1990.

⁴⁵² CONSTANTIN, F., « Loi de l'islam contre loi de l'État : Petite chronique d'un été kenyan », *Islam et sociétés au sud du Sahara*, No. 3, 1989, pp. 207-223.

politiques « légitimes », pour y introduire des logiques proprement islamiques. Les enjeux de ces débats touchaient, certes, à l'intégrité de la loi religieuse et à son application dans un État séculier, mais relevaient aussi de la définition des frontières symboliques de la communauté, de la reproduction et du contrôle social⁴⁵³. Comme le souligne fort bien Clifford Geertz à propos des luttes pour l'application de différentes législations à Bali, les passions en la matière sont intenses « *parce que ce qui est en jeu ou senti comme tel, ce sont les conceptions même du fait et de la loi et de leurs relations entre elles – le sens sans lequel les êtres humains peuvent à peine vivre, encore moins rien décider que la vérité, la dépravation, la fausseté et la vertu sont réelles, distinguables et alignées comme il convient* »⁴⁵⁴. De même, au Kenya, les discussions relatives au *Law of Succession Act*, à l'origine de tensions entre le Gouvernement et les musulmans, mirent en lumière la capacité mobilisatrice de l'islam, dès lors que les fidèles se sentent menacés dans la pratique de leur foi ou l'acceptation de leur loi. Ces tensions se manifestèrent de nouveau lorsque le statut constitutionnel des juridictions kadhiales fut remis en cause dans le cadre des débats sur l'adoption d'une nouvelle Loi fondamentale. Cette fois, si la tension opposait les musulmans et certains groupes chrétiens, l'enjeu final demeurait le même : protéger la loi et les institutions coraniques contre des menaces supposées ou réelles.

⁴⁵³ COULON, C., « Les itinéraires politiques de l'islam au Nord-Nigeria », in BAYART, J.-F., (dir.), *Religion et modernité politique en Afrique noire. Dieu pour tous et chacun pour soi*, Paris : Karthala, 1993, pp. 19-62.

⁴⁵⁴ GEERTZ, C., 1986, *op. cit.*, p. 285.

CHAPITRE DEUX

UN ENJEU POLITIQUE CONTEMPORAIN. LES TRIBUNAUX DE KADHIS DANS LE CADRE DE LA REFORME CONSTITUTIONNELLE

Les mobilisations en vue d'une réforme de la Constitution débutèrent dans les années 1990, en même temps que les appels à une ouverture politique du pouvoir en place. Au départ, la remise en question du monopartisme constituait le principal motif de la contestation, notamment après le refus des autorités d'enregistrer le *National Democratic Party* (NDP), formé en février 1991 par Oginga Odinga, une figure emblématique de l'opposition. Dès le milieu de la même année, la pression pour un assouplissement du régime s'accéléra, sous l'impulsion des Églises et d'activistes politiques. Une alliance regroupant des politiciens ayant été exclus de la *Kenya African National Union* (KANU), des membres de la *Law Society of Kenya* et des leaders d'organisations religieuses, tenta d'influencer les autorités en vue de l'abrogation de l'article 2A de la Constitution, qui instituait un État à parti unique⁴⁵⁵. Les Églises s'organisèrent dans le cadre de la *Justice and Peace Convention-Kenya* (JPC-K), alors que les activistes de l'opposition créaient le *Forum for the Restoration of Democracy* (FORD). Les donateurs internationaux se montrant également de plus en plus virulents contre les abus du régime en matière de droits de l'homme, la KANU accepta la suppression de l'article 2A⁴⁵⁶, qui prit effet le 10 décembre 1991 et ouvrit la voie aux premières élections multipartisanes en 1992⁴⁵⁷. Après ce scrutin, remporté par la KANU, la réforme

⁴⁵⁵ En juin 1982, un amendement à la Constitution institua le Kenya comme un pays à parti unique, en bloquant l'existence de partis politiques autres que la KANU.

⁴⁵⁶ L'article 2A fut abrogé par le *Constitution of Kenya (Amendment) Act* de 1991.

⁴⁵⁷ Sur les élections de 1992, voir en particulier : THROUP, D. et HORNSBY, C., *Multi-Party Politics in Kenya. The Kenyatta & the Moi State & the Triumph of the System in the 1992 Election*, Oxford : James Currey, 1998..

constitutionnelle devint un thème récurrent du débat politique, malgré la réticence certaine du parti au pouvoir à cet égard.

L'origine des mouvements pour une modification constitutionnelle reposait en partie sur le fait que la Loi fondamentale, telle qu'adoptée à l'indépendance, avait été altérée par de nombreux amendements, devenant l'instrument principal du gouvernement autoritaire. Les objectifs de la révision portaient donc en grande partie sur la volonté de mettre fin aux déséquilibres du pouvoir, considérés comme responsables des violations des Droits de l'Homme, de la corruption et de la mauvaise gestion du pays. Pourtant, à l'origine, le texte sanctionné à l'issue de la Conférence Constitutionnelle de 1962 avait, entre autres, pour ambition de contribuer à la création d'un Kenya uni, dans lequel chacun aurait pu jouir de ses droits et libertés élémentaires⁴⁵⁸. Par exemple, pour assurer que le gouvernement ne serait pas totalitaire, le pays avait été organisé selon la règle du « *Majimboisme* », une sorte de régionalisme, dans lequel l'autorité se partageait entre un gouvernement fédéral et des gouvernements régionaux (*Majimbo*, en swahili). L'exercice démocratique du pouvoir reposait également sur une séparation classique entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire, sur l'existence d'un Parlement bicaméral, sur l'adoption d'une *Bill of Rights* et sur l'introduction d'un système politique multi-partisan. Cependant, juste après l'indépendance, divers amendements avaient altéré, voire supprimé, la plupart de ces principes. Dès 1964, alors qu'un amendement instaurait le Kenya comme une République, le système *Majimbo* fut progressivement démantelé. Deux ans plus tard, en 1966, l'abolition du Sénat et l'incorporation des sénateurs à la Chambre Basse mit fin au bicaméralisme. De nouveaux amendements introduisirent l'article 2A en 1982 et l'adoption du « *queuing system* » ou « *Mlolongo* »⁴⁵⁹ en 1986, ce dernier instituant un mode de scrutin totalement anti-démocratique selon lequel, lors des élections de 1988, les membres de la KANU votaient en public en se plaçant derrière la photographie de l'individu qu'ils souhaitaient élire⁴⁶⁰. L'ensemble de ces modifications contribua à la suprématie de l'exécutif et à la toute-

⁴⁵⁸ MURUNGI, K., « Kenya's Constitutional Theory and the Myth of Africanity », in KIBWANA, K. (ed.), *Law and the Administration of Justice in Kenya*, Nairobi : International Commission of Jurists, Kenya Section, 1992, p. 58.

⁴⁵⁹ *Mlolongo* (pl. *Milongo*) est un mot swahili, signifiant ligne, file ou queue.

⁴⁶⁰ Les membres du parti, à l'échelle de chaque circonscription, faisaient ainsi la queue dans ce qui constituait une sorte de primaire. Celle-ci devait être suivie d'un vote à bulletin secret pour départager les deux ou trois candidats ayant recueilli le plus de voix selon le système *Mlolongo*. Mais un candidat qui obtenait 75% des suffrages au stade des nominations devenait automatiquement Membre du Parlement. Ce système facilita grandement les intimidations électorales ou les irrégularités.

puissance du Président, ce qui, dans le contexte des bouleversements politiques des années 1990 paraissait intolérable.

Dans un pays où l'opposition politique était depuis longtemps muselée, ce sont essentiellement les organisations religieuses et les forces de la société civile qui ont porté les appels à une modification de la Constitution. Au départ, leurs attentes concernaient surtout l'adoption de principes démocratiques, mais lorsque le mouvement de révision a enfin été accepté par le pouvoir, c'est en vue d'une refonte totale de la Loi fondamentale que les groupes de pressions se sont mobilisés. René Otayek, dans un article consacré à l'ouverture démocratique en Afrique, souligne que le mouvement de libération politique sur le continent s'est accompagné d'une exacerbation des revendications identitaires, d'ordre ethnique ou religieux⁴⁶¹. Au Kenya, alors que le « règne » du Président Moi, marqué par la prédominance accordée à la religion chrétienne dans la sphère publique, semblait prendre fin, le processus de révision constitutionnelle a donné aux musulmans l'opportunité de se constituer en groupe d'influence, ayant entre autres pour objectif la défense du droit islamique du statut personnel et des institutions chargées de son application. Il paraît donc intéressant de s'interroger sur la manière dont les organisations musulmanes ont participé à l'élan vers le changement, dans un cadre où l'islam n'occupe qu'une place subalterne. Dans ce contexte, toute revendication à connotation religieuse acquiert une dimension politique, voire conflictuelle, même si les demandes portées par les musulmans kenyans ne visent pas à remettre en cause l'idéal de l'État-Nation ou leur allégeance aux autorités. De même, les fidèles ne cherchent pas à conquérir le pouvoir mais, dans un contexte où ils se sentent menacés par une certaine sécularisation, ils souhaitent obtenir des garanties quant à l'acceptation de leur mode de vie particulier. En ce sens, les requêtes exprimées au cours des discussions constitutionnelles correspondent à une attitude courante des musulmans en situation de minorité numérique, selon laquelle la défense des intérêts de l'islam ne passe pas tant par une quête du pouvoir « par le haut », que par un travail visant à une meilleure prise en compte de la religion dans la sphère publique. Ces revendications témoignent donc plutôt, comme le suggère René Otayek « d'un besoin de reconnaissance articulé autour de valeurs simples qui ont pour nom tolérance, dignité et citoyenneté »⁴⁶².

⁴⁶¹ OTAYEK, R., « La démocratie entre mobilisations identitaires et besoin d'État : y a-t-il une 'exception' africaine ? », *Autrepart* (10), 1999, p. 5.

⁴⁶² OTAYEK, R., 2000, *op.cit.*, p. 48.

La dimension politique des débats relatifs aux juridictions kadhiales tenait par ailleurs au statut constitutionnel de ces dernières, que certains groupes chrétiens ont peu à peu critiqué. L'opposition de diverses Églises chrétiennes au maintien des dispositions concernant les tribunaux islamiques dans la Loi Fondamentale a induit une relative dégradation des relations entre les deux grands monothéismes et une radicalisation des deux parties autour de l'affirmation réciproque de leurs valeurs. Il s'agit donc de s'interroger sur l'impact de ces discussions sur les relations entre chrétiens et musulmans, mais aussi sur la manière dont elles ont pu contribuer à unifier les fidèles, le plus souvent décrits comme divisés du point de vue de leurs affiliations politiques. L'aspect symbolique de ces tribunaux semble ici élémentaire et leur défense traduit une tendance générale des musulmans kenyans à exprimer des idées unanimes dès lors que les valeurs islamiques sont perçues comme menacées par la sécularisation et la christianisation. La réforme de la Constitution et le statut problématique des juridictions de droit coranique dans la Loi Fondamentale ont constitué une illustration du rapport des musulmans à l'État et de leur volonté de défendre leur intégrité religieuse, dans un environnement jugé, sinon « hostile », du moins largement dominé par les valeurs chrétiennes. Par ailleurs, l'ensemble des débats relatifs aux tribunaux de Kadhis, institution ancienne et au champ d'application restreint, a pu leur donner une actualité nouvelle, suscitant des questionnements sur l'étendue de leur compétence et sur leur signification. L'ampleur prise par la controverse en la matière soulève ainsi un grand nombre de questions. Il s'agit tout d'abord de se demander en quoi la mobilisation des fidèles pour la défense de ces tribunaux exprime un nouveau positionnement par rapport à l'État, puisque les musulmans ne se posent plus seulement en groupe marginalisé, mais aussi en « minorité » active dont les droits devraient être protégés. De façon plus générale, la polémique amène à s'interroger sur la façon dont la religion peut contribuer à la fabrication des identités politiques ou à leur mobilisation. Selon Jean-François Bayart, il serait faux de penser qu'« à une prétendue 'identité culturelle' correspond nécessairement une 'identité politique', en réalité tout aussi illusoire »⁴⁶³. De ce point de vue, les questionnements contemporains relatifs au statut des tribunaux de Kadhis apparaissent révélateurs du caractère plutôt circonstanciel de l'identité politique musulmane car, comme le souligne John Lonsdale, si les fidèles paraissent unis sur la base de la théologie politique islamique, ils restent divisés en ce qui concerne leurs allégeances politiques⁴⁶⁴. Enfin, le Kenya n'étant pas un État confessionnel et le droit

⁴⁶³ BAYART, J.-F., 1996, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁶⁴ LONSDALE, J., *Religion and Politics in Kenya*, Lecture at the Trinity College, Cambridge, Monday 7th February 2005, www.martynmission.cam.ac.uk/CJLonsdale..html.

musulman ne constituant donc pas le droit général, il s'agit de déterminer qui souhaite l'application d'une telle législation et pour quelles raisons⁴⁶⁵. La pluralité juridique ne signifie, en effet, pas seulement la reconnaissance officielle de lois variées pour des populations distinctes, mais de façon plus symbolique, elle témoigne de la difficile articulation entre les droits individuels et les identités collectives ou de la délicate conciliation entre la formation d'une communauté politique nationale et la diversité culturelle⁴⁶⁶.

Les objectifs de ce deuxième chapitre sont donc, d'une part, de réfléchir à l'engagement des organisations religieuses, en particulier musulmanes, dans le cadre du processus de réforme et, d'autre part, de s'interroger sur l'expression politique d'une éventuelle identité musulmane, dont la défense sans relâche du statut constitutionnel des juridictions kadhiales pourrait constituer une illustration. L'ensemble de ces considérations est aussi à replacer dans le contexte de l'après 11 septembre 2001, marqué par un climat de méfiance croissante envers l'islam, puisque c'est à peu près à la même époque que la polémique relative aux juridictions de droit coranique a été la plus vive. Alors que l'islam est de plus en plus considéré avec suspicion, l'idée est donc encore de souligner la dimension symbolique de la reconnaissance constitutionnelle des tribunaux de Kadhis qui, sans être nécessaire à leur existence, apparaît emblématique d'une certaine acceptation de la spécificité culturelle des musulmans. Ce chapitre étudie le processus de réforme de la Loi Fondamentale en cherchant à mettre en lumière comment, d'abord impulsé grâce à la collaboration entre les différents groupes religieux, il a ensuite été mis à mal par les désaccords entre ces mêmes partenaires, au sujet de l'avenir des juridictions de droit musulman dans la Constitution.

I- La coopération interconfessionnelle des organisations religieuses en vue d'une révision rapide.

La diversité, qu'elle soit ethnique ou religieuse, représente sans conteste l'une des caractéristiques majeures de la population kenyane. Certes, il semble assez difficile d'obtenir des informations statistiques crédibles sur l'importance numérique des diverses confessions présentes dans le pays, mais il demeure évident que les grandes croyances mondiales y ont toutes des adeptes. Les groupes les plus visibles sont les chrétiens, les musulmans et les

⁴⁶⁵ BLEUCHOT, H., 1990, *op. cit.*, pp. 175-187.

⁴⁶⁶ HABERMAS, J., *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris : Fayard, 1996 ; CAHEN, M., *La nationalisation du monde. Europe, Afrique. L'identité dans la démocratie*, Paris : L'Harmattan, 1999.

hindous, auxquels s'ajoutent un certain nombre de cultes traditionnels africains, ainsi que divers mouvements sectaires, plus ou moins organisés. Les protestants, même s'ils se divisent en une multitude de courants, représentent le premier groupe religieux, suivis par les catholiques, les musulmans et les hindous. La liberté de conscience et de religion est un principe constitutionnellement reconnu, permettant une organisation assez libre des divers groupes et une pratique ouverte de leur foi par leurs fidèles. Cette pluralité se perçoit surtout dans les villes, en particulier à Nairobi, où les divers édifices religieux rivalisent de hauteur ou de beauté et où les églises jouxtent les temples ou les mosquées.

Après l'indépendance du Kenya, l'islam n'exerça jamais d'influence politique réelle et, dans les sphères de l'État, les musulmans n'ont que rarement occupé les postes les plus élevés, si ce n'est dans l'armée où, depuis le coup d'état manqué de 1982, les Somalis jouissent d'une position prépondérante⁴⁶⁷. Au contraire, comme le souligne Hervé Maupeu, la foi chrétienne occupe une place essentielle dans le système politique kenyan⁴⁶⁸, ce qui fut flagrant sous le régime de l'ancien Président Daniel arap Moi, membre de l'*African Inland Church*, une église fondamentaliste d'origine américaine⁴⁶⁹. Sous son mandat, l'affirmation de l'identité chrétienne est allée jusqu'à inspirer l'idéologie officielle, connue sous le nom de *Nyayo* et représentée par le slogan « *Peace, Love and Unity* », qui selon le Président lui-même, s'inspirait de la tradition africaine et des valeurs chrétiennes. Pour cette raison et parce que les Églises demeurèrent longtemps associées au pouvoir, le concept de séparation de la religion et de l'État était considéré comme dénaturé. Néanmoins, à partir du milieu des années 1980, les principales Églises se sont éloignées du Président Moi et le clergé protestant, en particulier et, de concert avec le *National Council of Churches of Kenya* (NCCCK), a commencé à s'opposer à la KANU et au Gouvernement autoritaire⁴⁷⁰. Progressivement, les différentes organisations religieuses qui, en l'absence d'une opposition politique forte, constituaient le seul groupe encore à même de critiquer librement le pouvoir, ont joué un rôle de premier plan dans les mobilisations pour une ouverture démocratique.

⁴⁶⁷ En août 1982, après que Daniel arap Moi ait fait proclamer la KANU comme parti unique, une fraction de l'armée, en particulier l'armée de l'air, se souleva, suivie par un grand nombre d'étudiants. Ce putsch, sans doute mal préparé, fut écrasé par le pouvoir.

⁴⁶⁸ MAUPEU, H., « Les Églises chrétiennes au Kenya : des influences contradictoires », in CONSTANTIN, F. et COULON, C., *Religion et transition démocratique en Afrique*, Paris : Kathala, 1997, p. 81.

⁴⁶⁹ L'*African Inland Church* est implantée au Kenya depuis 1895.

⁴⁷⁰ Sur les relations entre les Églises chrétiennes et la politique, voir en particulier : THROUP, D., « Render unto Caesar the Things that are Caesar's. The Politics of Church-State Conflict in Kenya 1978-1990 », in HANSEN, H.B. et TWADDLE, M., *Religion and Politics in East Africa*, London : James Currey, 1995, pp. 143-176.

De façon théorique, il s'agit ici de réfléchir aux interactions entre les comportements religieux et les attitudes politiques. Comme le soulignent Christian Coulon et François Constantin dans leur introduction à l'ouvrage *Religion et transition démocratique en Afrique*, « la référence religieuse n'est jamais totalement absente de la relation de pouvoir politique, qu'il s'agisse de fonder ou de contester sa légitimité ou celle de son détenteur ou qu'il s'agisse de mobiliser et de canaliser l'opinion »⁴⁷¹. La religion a joué un rôle fondamental dans le processus d'ouverture au multipartisme, que ce soit par la socialisation des individus ou par l'implication directe des autorités religieuses dans le passage à la démocratie. Et François Constantin et Christian Coulon concluent qu'en Afrique, la défiance dont la classe politique fait l'objet est peut-être à la mesure du respect et du prestige dont y jouit encore le sacré⁴⁷². Contrairement à ce qui est le cas dans le monde occidental et surtout en Europe, la religion en Afrique constitue toujours un référent moral de premier plan et ne connaît pas la moindre crise de légitimité. Cette persistance des faits religieux serait partie intégrante de l'invention historique africaine et ceux-ci contribueraient au changement politique et social, ne pouvant de ce fait être exclus du champ politique⁴⁷³. Plusieurs questions se posent alors, relatives à la manière dont le pouvoir religieux produit des dynamiques sociales, à la capacité des mouvements confessionnels à s'inscrire dans une société globale et à leur rapport au politique⁴⁷⁴. C'est pourquoi il convient ici de réfléchir à l'engagement des groupes religieux en général, et musulmans en particulier, dans le mouvement de réforme constitutionnelle.

1) Les origines du processus de réforme : les organisations religieuses à l'avant-garde du changement « par le bas ».

Willy Mutunga, analysant le rôle de la société civile dans le processus de révision constitutionnelle, distingue entre une évolution « par le haut », à l'initiative et sous le contrôle de l'État et un mouvement « par le bas », sous l'impulsion des citoyens⁴⁷⁵. Au Kenya, l'élan du changement s'est pour la première fois manifesté de manière organisée dans le cadre de la Coalition des Citoyens pour un Changement Constitutionnel, connue sous le nom de 4Cs (*Citizens Coalition for Constitutional Change*). Le groupement, dirigé par un petit nombre d'intellectuels, a eu un impact considérable sur la situation politique à partir de 1994, posant

⁴⁷¹ CONSTANTIN, F. et COULON, C., 1997, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 16.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, pp. 20-21.

⁴⁷⁵ MUTUNGA, W., *Constitution-Making From The Middle. Civil Society and Transition Politics in Kenya, 1992-1997*, Nairobi : SAREAT, 1999, p. 19.

un véritable défi au Président Moi. À la base instituée par la *Kenya Human Rights Commission* (KHCR), la *Law Society of Kenya* (LSK) et l'*International Commission of Jurists* (ICJ), la coalition a ensuite été rejointe par d'autres organisations séculières ou religieuses. Après s'être alliée à des partis politiques, elle a donné naissance à la *National Convention Assembly*, elle-même à l'origine des manifestations pacifiques qui ont progressivement conduit à la mise en marche du processus de réforme.

Le mouvement de révision a débuté dans les années 1990, après que les partis d'opposition aient de nouveau été autorisés. Sous la pression des groupes religieux, d'organisations féminines, et d'associations de défense des droits de l'Homme, le Gouvernement a accepté l'idée d'un changement constitutionnel même si, avant que les autorités ne s'engagent concrètement à mettre en œuvre des réformes, le Kenya a été le théâtre d'importantes tensions politiques, voire d'affrontements violents entre les forces de l'ordre et les groupes de pression. Les associations religieuses et la société civile insistaient surtout sur le fait que la révision de la Loi fondamentale devait se faire par et pour les citoyens, au contraire de la position gouvernementale, favorable à un processus contrôlé par le Parlement. En 1999, une brochure publiée par le *National Convention Executive Council* (NCEC) et intitulée *Katiba Mpya – Maisha Mapya : A Vision for National Renewal* (« Une Nouvelle Constitution – Une Nouvelle Vie : Une Vision pour une Renaissance Nationale »), expliquait par exemple que :

« Les problèmes de l'actuelle Constitution constituent les causes profondes de nos malheurs politiques, sociaux et économiques. Une nouvelle Constitution, démocratique, représente la seule voie pour mettre fin à ces autres problèmes... Parce que la réforme constitutionnelle est initiée par le Parlement, nous avons une Constitution qui ne sert que les intérêts de ceux qui l'ont faite. C'est une Constitution des politiciens, pas du peuple, et elle a permis aux politiciens de piétiner nos droits et de s'enrichir à nos dépens. Notre Constitution rédigée par le Parlement a permis à un petit groupe de dirigeants égoïstes de détourner l'État et de l'utiliser pour ses propres intérêts »⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ « *The problems in the current constitution are the root cause of all our political, social and economic woes. A new, democratic constitution is the only way to get to the bottom of these other problems... Because of Parliament-driven constitutional reform, we have a constitution that only serves the interests of those who made it. It is a politician's not a people's Constitution, and it has enabled politicians to trample on our rights and enrich themselves at our expense. Our parliament-driven constitution has enabled a tiny group of selfish leaders to hijack the state and use it for their own purposes* ». The Constitutional Proposals of the National Convention Assembly (NCA) Movement, NCA Movement, National Convention Assembly, Fifth Plenary Session – Nairobi, 18th – 20th January 2001, Doc. 5, p.2.

Avant qu'un projet de nouvelle Constitution ne soit soumis à référendum le 21 novembre 2005, plus de dix années se sont écoulées, tout au long desquelles les organisations religieuses et de la société civile n'ont jamais relâché leur mobilisation en vue de l'implication des citoyens et ont peu à peu pris le contrôle du mouvement. En 1998, alors que l'*Attorney General* présidait des discussions aux *Bomas of Kenya* et à l'hôtel *Safari Park*, pour négocier un accord qui aurait dû conduire le Kenya à réviser sa Loi Fondamentale, les leaders religieux, les partis politiques, les organisations féminines, des avocats et d'autres groupes se sont mis d'accord sur une méthode censée engager l'ensemble des *Wananchi*⁴⁷⁷. Mais une partie des députés a rejeté cet accord et les responsables confessionnels ont alors eu le sentiment que les représentants politiques trahissaient leur peuple. Parce qu'ils jouissaient aussi d'une incontestable autorité morale, les leaders religieux ont décidé de prendre la direction du processus, même si, au départ, ils ne pensaient agir que comme simples arbitres entre le Gouvernement et l'opposition.

a. Les organisations religieuses fer de lance du mouvement de réforme et la coopération interconfessionnelle dans le cadre de l'Initiative Ufungamano.

Si le processus de modification de la Constitution eut des débuts difficiles, la collaboration des responsables religieux dans le cadre de l'Initiative *Ufungamano* contribua à son évolution.

- Les origines chaotiques du processus de révision constitutionnelle.

Au départ, l'élan de la réforme aurait été impulsé par les Églises chrétiennes, réunies au sein du *National Council of Churches of Kenya* (NCCCK), qui avait par ailleurs l'habitude de commenter les questions nationales, qu'elles soient d'ordre social, économique ou politique. Par exemple, en 1992, le Conseil avait organisé deux congrès pour débattre de la transition vers un système politique multi partisan et de la conduite d'élections libres en décembre de la même année. Plus tard, le 17 juin 1992, il avait facilité la formation de la *Coalition for National Convention* (CNC) qui, composée de partis politiques, de syndicats professionnels et de diverses associations, a tenu des réunions hebdomadaires entre juillet et décembre 1992, à *Ufungamano House*, à Nairobi. Le pouvoir a rapidement réagi à ces premiers balbutiements et, dès 1993, certains fidèles de la KANU déclaraient avoir établi un

⁴⁷⁷ *Wananchi* est un mot Swahili qui signifie les citoyens (sg. *Mwananchi*).

projet de Constitution, provoquant une vive réaction de l'Église, opposée à la rédaction d'un texte sans la participation des *Wananchi*. Quelques temps plus tard, en mars 1994, alors que la CNC semblait plus ou moins dissoute, les leaders religieux catholiques ont repris le flambeau, à travers une lettre pastorale, dans laquelle dix-huit évêques appelaient ouvertement à l'établissement d'une nouvelle Constitution qui devrait, entre autres, garantir le multipartisme. Puis, en décembre de la même année, l'évêque John Njue du diocèse catholique d'Embu, lors d'une déclaration à *Ufungamano Hall*, à Nairobi, critiquait l'argument gouvernemental selon lequel seul le Parlement avait la capacité de réformer la Loi Fondamentale, alors que d'après lui, faire, réviser ou amender la Constitution relevait de la responsabilité populaire⁴⁷⁸. Par ailleurs, au sein du 4Cs, les églises chrétiennes ont joué un rôle de premier plan, en particulier l'Église Romaine Catholique et l'Église Méthodiste, puis, plus tard, le NCKK. Les membres du 4Cs étaient convaincus que les leaders religieux pourraient exercer une influence considérable en politique, en raison de leur neutralité reconnue par la population et parce qu'ils représentaient le meilleur intermédiaire pour atteindre les communautés dans toutes les régions du pays. Le débat sur la réforme a connu une nouvelle impulsion en 1994, lorsque conjointement, la *Law Society of Kenya* (LSK), la *Kenya Commission on Human Rights* (KHRC) et la branche kenyane de l'*International Commission of Jurists* (ICJ) ont dévoilé une proposition de Constitution. Pour calmer la situation, dans son discours de la nouvelle année 1995, le Président Daniel arap Moi promit alors aux Kenyans que la Loi Fondamentale serait modifiée rapidement, même si, dans les faits, il ne semblait pas très disposé à tenir cet engagement.

Alors que le Président Moi et son *Attorney General* affirmaient début 1996 que la réforme n'aurait pas lieu avant les élections générales prévues l'année suivante, l'opposition et le 4Cs se sont unis pour former le *National Convention Planning Committee* (NCPC), dans le but de rassembler la société civile et les partis d'opposition, puis de discuter des questions constitutionnelles. En avril 1997, le NCPC a tenu sa première session plénière à Limuru, une petite ville située à quelques kilomètres de Nairobi. Cette réunion a transformé le Comité en *National Conventional Executive Council* (NCEC) et a officiellement institué la *National Convention Assembly* (NCA), décrite comme le « parlement alternatif du peuple ». Les responsables religieux, en particulier Timothy Njoya de la *Presbyterian Church of East Africa* (PCEA), Samuel Macharia Muchugua de la *Methodist Church of Africa* et Munir Mazrui du

⁴⁷⁸ MUTUNGA, W., 1999, *op. cit.*, p. 63.

SUPKEM, ont alors commencé à imaginer la mission qui pourrait être la leur dans une tentative de médiation entre le pouvoir et l'opposition, ce qu'ils considéraient comme un devoir national et comme une responsabilité envers Dieu. Ils ont mis en place une équipe regroupant des chrétiens et des musulmans, désignée *Religious Community Mediation Team* (RCMT), avant d'être rebaptisée *Religious Community Facilitation Team* (RCFT)⁴⁷⁹. L'une des premières actions de l'équipe a été de demander à la NCEC, qui avait lancé des protestations de masse entre les mois de mai et octobre, en réponse à l'intransigeance de la KANU, de stopper ces actions, afin de faciliter les négociations. Le processus a donc pris une nouvelle tournure lorsque la KANU et le NCEC ont accepté une médiation des communautés religieuses. Mais en réalité, l'arbitrage des groupes confessionnels n'apparaissait pas totalement neutre, car ces organisations se montraient en désaccord ouvert avec le Gouvernement, dans leur positionnement en faveur d'un changement constitutionnel initié par le peuple. Ceci aurait pu leur être reproché car des divisions et des conflits auraient pu en découler au sein de la société. Cependant, ainsi que le souligne Willy Mutunga lorsqu'il parle de l'engagement précoce de la NCKK et de l'*Episcopal Conference*, les deux institutions avaient parfaitement conscience de la dimension politique de leur engagement, mais elles demeuraient convaincues que leur mobilisation se faisait pour l'intérêt national et pour le bénéfice de leur pays⁴⁸⁰. Par ailleurs, les organisations religieuses et de la société civile paraissant bien décidées à ne pas laisser le pouvoir prendre le contrôle du mouvement, ont, par exemple, lors de la Convention de Limuru II, à *Ufungamano House*, adopté une résolution prévoyant qu'en cas d'échec du Gouvernement à mettre en œuvre les réformes constitutionnelles et administratives minimales avant les élections générales de 1997, la NCA se transformerait en Assemblée Constituante. Les autorités ont alors sans doute estimé la menace suffisamment sérieuse pour se résoudre à annoncer que des réformes seraient adoptées avant la tenue des élections. Le vice-Président George Saitoti a ensuite réuni la KANU et la majorité des députés de l'opposition dans le cadre de l'*Inter-Parties Parliamentary Group* (IPPG), aboutissant à un accord pour mettre fin aux tensions et permettre au pays de se diriger vers les élections générales avec des réformes minimales. Toujours en 1997, le Gouvernement a voté le *Constitution of Kenya Review Act* qui, ayant pour ambition de calmer la situation politique en donnant des garanties à l'opposition sur le processus de réforme, proposait d'établir une Commission de Révision Constitutionnelle, responsable de la rédaction d'un projet de Loi Fondamentale.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 199.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 135.

Après le vote de cette loi, entre juin et octobre 1998, cinquante-quatre groupes, partis politiques, organisations religieuses, associations de femmes ou syndicats professionnels, se sont régulièrement réunis à l'hôtel *Safari Park*, à Nairobi et sont parvenus à un accord sur les objectifs et la méthode de la révision. L'arrangement prévoyait que le processus devrait refléter les attentes du peuple et que la nouvelle Constitution devrait être basée sur les principes de la démocratie, de la responsabilité, de la participation populaire, des droits de l'homme et de la justice sociale. Il reconnaissait en outre que ceci ne pourrait pas se faire par la voie parlementaire, dans la mesure où les dispositions constitutionnelles alors en vigueur empêchaient le Parlement en place d'être représentatif. De façon concrète, il était prévu d'établir une commission de révision, chargée de collecter les opinions de la population et de rédiger un projet de Constitution, qui serait ensuite soumis à une Assemblée Constituante. L'accord prévoyait encore que toutes les organisations présentes aux réunions de l'hôtel *Safari Park* participeraient à la nomination des membres de la Commission de Révision. Le Président Daniel arap Moi et les membres du Gouvernement, présents lors des réunions, ont avalisé cet arrangement, ce qui représentait une avancée considérable, dans la mesure où, jusqu'alors, la position de la KANU reposait sur l'idée que seul le Parlement avait mandat pour mettre en œuvre la réforme. En 1998, peu après la conclusion de l'accord de l'hôtel *Safari Park*, le Gouvernement de la KANU a donc voté une loi, afin d'établir une commission multi-sectorielle qui devait comprendre des membres du parti au gouvernement, des formations de l'opposition, d'associations religieuses et professionnelles et d'organisations non gouvernementales. Tous les corps ainsi désignés ont alors proposé des représentants, à l'exception de la KANU, dont les responsables estimaient que leur parti, étant au pouvoir, il aurait dû choisir un nombre de commissaires plus important. Ceci a provoqué un blocage total du processus et des tensions de plus en plus vives se sont développées entre les autorités et le reste de la société. En raison de l'incapacité des différents partis politiques à se mettre d'accord sur la composition de la future Commission, l'accord de l'hôtel *Safari Park* a été rompu et les efforts pour parvenir à une réforme nationale ont semblé compromis. De plus, à partir du mois de février 1999, le Gouvernement a cherché à reprendre la main, à travers la création, à l'initiative de la KANU, d'un Comité Parlementaire chargé de revoir le *Constitution of Kenya Review Act* de 1997⁴⁸¹. Plusieurs amendements ont alors donné la

⁴⁸¹ Le *Constitution of Kenya Review Act, 1997* a été amendé quatre fois, pour aboutir au *Constitution of Kenya Review Commission Act*, Chapitre 3 des Lois du Kenya. Son titre complet stipule que c'est « *Un décret parlementaire pour faciliter la révision complète de la Constitution par le peuple du Kenya, et pour les objectifs* ».

maîtrise du mouvement au Président, devenu responsable de la nomination finale des membres de la future Commission de Révision. Surtout, dans l'esprit de ces remaniements législatifs, l'objectif n'était plus une totale refonte de la Constitution, mais seulement l'adoption de changements minimaux. C'est dans ce contexte que, peu à peu, a été instaurée l'Initiative *Ufungamano*.

- La naissance de l'Initiative *Ufungamano* et les leaders religieux comme garants de la réforme.

Après la formation de l'IPPG et le vote du *Constitution of Kenya Review Act*, les élections générales de 1997 se sont déroulées avec l'espoir que le Gouvernement qui arriverait au pouvoir réviserait enfin la Constitution. Or, après la victoire de la KANU, l'équipe de Daniel arap Moi n'a plus semblé décidée à mettre en œuvre ses promesses. Face à ce revirement, les leaders religieux se sont de nouveau rapprochés pour faire pression sur les autorités. Le contexte s'avérait alors très tendu, en raison de la contestation croissante du Gouvernement par les mouvements d'opposition et de la forte répression exercée en retour⁴⁸². C'est donc aussi avec l'espoir que cela permettrait de restaurer la paix que les responsables confessionnels ont été conviés à relancer et à diriger les réformes⁴⁸³. Dès 1998, le *Women's Political Caucus*, un réseau d'ONG féminines, avait demandé aux leaders des principaux cultes d'intervenir pour tenter une médiation entre les partis politiques. Puis, en mai 1999, l'organisation *Chemi Chemi ya Ukweli*, une ONG multiconfessionnelle faisant la promotion de la régulation pacifique des conflits, a à son tour mobilisé les responsables religieux, leur demandant de prendre la tête du mouvement de réforme. Le 10 juin, le jour du vote du budget, *Chemi Chemi Ya Ukweli* a organisé une marche silencieuse pour appeler à un processus de révision dirigé par le peuple. Un membre de la NCEC, Willy Mutunga, a de même sans cesse imploré les responsables cultuels de prendre la direction du mouvement. Bien que musulman, il n'a pas joué la distinction entre les différentes confessions ou n'a pas uniquement mobilisé ses coreligionnaires en invoquant l'islam. Au contraire, il a invité les responsables des divers

connexes » (« *An Act of Parliament to facilitate the comprehensive review of the constitution by the people of Kenya, and for connected purposes* »).

⁴⁸² Si les répressions les plus violentes eurent lieu en 1990 et 1991, lors des manifestations de *Saba Saba* (7 juillet 1990) et de *Kamukunji* (octobre et novembre 1991), le Gouvernement de Daniel arap Moi se montra toujours très répressif envers ses opposants, même après l'ouverture de la compétition politique.

⁴⁸³ *The People's Choice. The Report of the Constitution of Kenya Review Commission. Short Version*. Dated, Sealed and Issued by the Constitution of Kenya Review Commission in Mombasa on Wednesday the 18th day of September, 2002.

cultes du pays à prendre en main le processus⁴⁸⁴. Ces derniers ont d'abord tenté de réunir les dirigeants des différents partis politiques, de manière à ce qu'ils s'accordent sur une méthode pour la nomination de commissaires. Puis, alors que la KANU semblait bien décidée à bloquer la situation, les leaders religieux ont demandé à l'*Attorney General* l'organisation d'un nouveau forum de modification de la Constitution. Néanmoins, dès septembre 1999, en l'absence de réaction du Gouvernement et parce que le Président Moi avait échoué à initier la réforme juste après les élections générales de 1997, les évêques catholiques ont rédigé une nouvelle lettre pastorale, dans laquelle ils faisaient part de leur volonté de diriger la mobilisation pour aboutir à une révision effective de la Loi fondamentale⁴⁸⁵. Alors que le Gouvernement ne donnait toujours aucun signe positif, les leaders religieux ont organisé quatorze jours de prière œcuménique, espérant que cela conduirait les autorités à coopérer. Puis la situation n'évoluant pas, ils se sont réunis pour entériner la naissance « officielle » de l'Initiative *Ufungamano*⁴⁸⁶.

Les 15 et 16 décembre 1999, le premier « *Stakeholders' Forum* », a regroupé les représentants des principales organisations confessionnelles du Kenya, à Nairobi, à *Ufungamano House*, un bâtiment qui, symboliquement, appartient et est administré de façon conjointe par les protestants et les catholiques. Lors de ce premier rassemblement, les leaders religieux ont invité les cinquante-quatre délégations qui avaient participé aux réunions de l'hôtel *Safari Park*, parmi lesquelles figuraient un bon nombre de groupements confessionnels, comme la *Kenya Episcopal Conference*, le SUPKEM, le NCKK, l'*Hindu Council of Kenya*, le *Muslim Consultative Council* (MCC), l'*Anglican Church of Kenya*, la *Methodist Church of Kenya*, la *Presbyterian Church of East Africa* et l'*Organization of African Instituted Churches*. Toutefois, quatre partis politiques qui avaient été présents à l'hôtel *Safari Park*, la KANU, le *National Democratic Party* (NDP), le *Kenya Social Congress* et *Shirikisho* manquaient à l'appel et se sont retrouvés au Parlement, afin de former un Comité Parlementaire Restreint. Préoccupées par le besoin urgent de changement social et économique dans le pays, et alors que les efforts des hommes politiques pour mettre en œuvre la réforme semblaient piétiner, les cinquante organisations présentes à *Ufungamano House* ont néanmoins initié ce qu'elles ont appelé un « *processus de révision constitutionnelle inclusif et participatif* », qui devait reposer sur l'engagement des citoyens, avec l'appui des

⁴⁸⁴ Entretien avec Ombok Otieno, membre de *Chemi Chemi ya Ukweli* et activiste, Nairobi, le 28 mai 2007.

⁴⁸⁵ « For the Truth Shall Set You Free. The Stalled Constitutional Review Process : The Way Forward », *Pastoral Letter of the Catholic Bishops of Kenya*, September 1999.

⁴⁸⁶ *Ufungamano* est un mot Swahili, qui signifie unité ou collaboration.

responsables religieux. Le mouvement, qui a pris le nom d'Initiative *Ufungamano*, ne rassemblait pas uniquement des organisations confessionnelles, puisqu'il comprenait également des partis politiques d'opposition et diverses autres associations⁴⁸⁷. Dans les faits, pourtant, *Ufungamano* a été avant tout perçue comme une initiative inter-religieuse, en raison du rôle de premier plan qu'y ont joué les leaders chrétiens et musulmans. Cette perception tenait aussi au fait que, dès ses origines, il était convenu de mandater la communauté religieuse pour former le Comité de Direction en charge de la gestion du processus de révision⁴⁸⁸.

L'un des aspects essentiels de l'Initiative était de réunir des groupements et associations aux buts et aux membres très variés, mais unis autour d'un seul et même dessein : faire pression pour une réforme rapide et effective de la Constitution. En outre, ses membres avaient le sentiment que le Gouvernement, à travers la nomination du Comité Parlementaire, cherchait un moyen détourné pour reprendre le contrôle du processus, au détriment du peuple, et pour adopter de simples amendements, plutôt qu'une réforme complète de la Loi fondamentale. Lors de leur première réunion, les membres du groupe ont ainsi convenu que :

« Nous, le peuple du Kenya, réuni ici à *Ufungamano House*, à Nairobi, sous l'intendance de la communauté religieuse, inaugurons le Processus de Révision de la Constitution du Kenya par le peuple du Kenya »⁴⁸⁹

Ufungamano se considérait comme « *le seul processus constitutionnel, légitime et achevé* », mais également « *conduit par le peuple, transparent, accessible, responsable, indépendant (...) et impartial* »⁴⁹⁰. D'un point de vue légal, certes, le groupe représentait une simple initiative volontaire et ne disposait pas de véritable reconnaissance officielle. Toutefois, il jouissait d'une vraie légitimité et s'est doté des structures indispensables pour atteindre ses buts. Quatre institutions principales ont ainsi été mises en place : la *People's Commission of Kenya*, le Comité de Direction, les Organes de la Communauté et le « *Stakeholders' Forum* ». La Commission avait pour rôle de collecter et de regrouper les avis des citoyens au sujet de la

⁴⁸⁷ L'Initiative regroupait une quarantaine de groupes que ce soient des partis politiques, des groupes de femmes ou des associations de la société civile.

⁴⁸⁸ Constitution of Kenya Review Process, *A Summary of the Proceedings of the First Stakeholders' Forum Held on the 15th and 16th December, 1999, at Ufungamano House, Nairobi*.

⁴⁸⁹ « *We, the people of Kenya gathered here at Ufungamano House in Nairobi, under the stewardship of the religious community do hereby launch the Constitution of Kenya Review Process by the people of Kenya* », Ibid.

⁴⁹⁰ « *...the only constitutional, legitimate and consummate process* » ; « *it is people-driven, transparent, accessible, accountable, independent (...) and impartial* ». Communiqué de presse du Comité de Direction de l'initiative *Ufungamano* sur la réforme de la Constitution du Kenya, 22 août 2000.

Constitution, afin de rédiger un projet de Loi Fondamentale dans une période de dix-huit mois. Avant même l'établissement formel d'*Ufungamano*, des commissaires potentiels avaient été désignés au sein de la *People's Commission of Kenya* et l'Initiative a tout simplement repris les mêmes individus, issus des partis d'opposition, des organisations professionnelles ou de la société civile et réunis sous la présidence du Dr. Oki Okoo-Ombaka⁴⁹¹. Ensuite, le Comité de Direction, composé exclusivement de leaders religieux, avait pour mandat de faciliter le travail de la Commission. Les Organes de la Communauté, quant à eux, devaient s'assurer de la participation maximale des individus et garantir que les discussions et la collecte des opinions se réalisaient d'une manière libre et transparente. Enfin, le « *Stakeholders' Forum* » se composait des organisations représentatives des différents secteurs et groupes de la société. Ainsi, le processus lancé par *Ufungamano* apparaissait comme légitime, d'autant plus que sa méthode de travail avait été approuvée par toutes les parties intéressées, à l'exception notable de la KANU et du *Kenya Social Congress* (KSC), lors de la réunion à l'hôtel *Safari Park*. Malgré tout, le Gouvernement et les membres du Comité Parlementaire formé en 1999 ont contesté le bien-fondé du groupe, au motif que la communauté religieuse n'avait aucun rôle à jouer dans le travail de révision.

Quoi qu'il en soit, *Ufungamano* s'est lancée sans tarder dans l'action. Par exemple, le 10 janvier 2000, les principaux responsables religieux ont organisé un grand rassemblement à *Uhuru Park* pour prier en faveur d'un processus de réforme maîtrisé par le peuple⁴⁹². L'archevêque catholique Ndingi Mwana N'zeki, le secrétaire général du SUPKEM, Sheikh Ahmed Khalif et le chef de l'Église anglicane, David Gitari, qui dirigeaient les prières interconfessionnelles, ont alors affirmé que le Parlement ne possédait pas seul le mandat pour rédiger la nouvelle Constitution et que n'importe quel organe social estimé approprié pouvait également remplir cette tâche. En mars 2000, dans un communiqué de presse, le Comité de Direction a justifié la légitimité d'*Ufungamano*, indiquant que l'Initiative représentait avant tout une réponse à l'échec de la mise en place d'une commission de révision, selon les termes

⁴⁹¹ Oki Ooko-Ombaka était un juriste kenyan et un activiste de la société civile. Il dirigea notamment le *Public Law Institute*, à l'origine de plusieurs plaintes contre diverses agences gouvernementales. Oki Ooko-Ombaka est décédé en juillet 2002, à l'âge de cinquante ans, alors qu'il était le Vice-Président de la CKRC.

⁴⁹² *Uhuru Park* est l'un des principaux parcs de la capitale kenyane. Il est souvent le théâtre de rassemblements politiques ou de manifestations publiques. Il fut aménagé après l'indépendance, à l'initiative du Président Jomo Kenyatta. Autrefois appelé Central Park, il est séparé en deux par *Kenyatta Avenue* (anciennement appelée *Delamere Avenue*). La partie nord du parc est généralement appelée Central Park et sa moitié sud *Uhuru Park*. En 1988, dans la partie nord, le Président Moi fit construire un monument à sa propre gloire, le « *10 Great Years Monument* ».

prévus par le *Constitution of Kenya Review Act* de 1997⁴⁹³. Enfin, *Ufungamano* s'est lancée dans le travail d'élaboration d'un nouveau texte constitutionnel, le mandat du *Stakeholders' Forum* étant de réaliser une refonte globale de la Loi fondamentale et non de lui apporter quelques retouches. Le Forum s'est organisé sur la base de la procédure prévue par le *Constitution of Kenya Review Act*, tout en se donnant les tâches qui y étaient dévolues au Président et à d'autres hauts fonctionnaires. Par exemple, il a été décidé que le *Stakeholder's Forum* s'attribuerait les missions de l'*Attorney General* et que le Comité de Direction remplirait le rôle cérémoniel du Président en matière de nominations et d'enregistrement, ainsi que les tâches de collecte de fonds⁴⁹⁴. Avec l'avènement de l'Initiative, le Gouvernement a pris conscience que les organisations religieuses n'étaient en aucune mesure disposées à renoncer à leur programme. C'est pourquoi, six mois après la création de la *People's Commission of Kenya*, le Parlement a inauguré un processus parallèle, censé aboutir à la mise en place d'une commission gouvernementale, en charge de conduire la réforme. Après le vote du *Constitution of Kenya Review Act 2000*, en novembre 2000, l'Assemblée Nationale et le Président Daniel arap Moi ont désigné quinze membres pour former la Commission Kenyane de Révision Constitutionnelle (*Constitution of Kenya Review Commission*, CKRC), présidée par Yash Pal Ghai, et dont les objectifs étaient plus ou moins les mêmes que ceux fixés par la loi de 1997.

- Le rôle fondamental d'*Ufungamano* dans la mise en œuvre effective de la réforme.

Les deux Commissions (CKRC et *People's Commission*) ont poursuivi leurs travaux respectifs sans aucune forme de coopération ni même de consultation. D'ailleurs, pour les membres d'*Ufungamano*, le dialogue avec le Comité Parlementaire n'était pas une priorité et il était entendu que, parmi les projets des deux comités parallèles, les citoyens auraient à choisir celui qui correspondait le mieux à leurs aspirations⁴⁹⁵. Cependant, l'existence de deux processus n'était pas dénuée d'inconvénients, le principal d'entre eux tenant à l'extrême tension qui se développa dans le pays et aux craintes que ces troubles n'aboutissent à des violences. De plus, la concurrence des deux commissions rendait le travail lent et conflictuel et surtout posait une question très concrète quant à l'avenir du mouvement de réforme et à son

⁴⁹³ Press Statement : « *The Stakeholders Constitutional Review Process is the Legitimate Process: A Press Statement Issued by the Steering Council of the Religious Community in Kenya* », 7 mars 2000.

⁴⁹⁴ *A Summary Report of the Ufungamano II Stakeholders Forum on the Constitution of Kenya Review Process by the People of Kenya*, Held at Ufungamano House on January 27th, 2000, p. 5.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 7.

issue : les chances pour que l'un des deux projets aboutisse paraissaient extrêmement faibles puisqu'aucun des deux camps ne semblait en mesure d'obtenir une majorité des deux tiers à l'Assemblée Nationale. Les désaccords entre les deux groupes étant devenus trop intenses, il paraissait indispensable d'entamer un dialogue. Malgré l'opposition de certains membres d'*Ufungamano* à toute association avec le Gouvernement, la plupart des leaders religieux ont donc accepté l'idée, dans l'unique but de sauver le processus de réforme. Le Président de la CKRC, Yash Pal Ghai, qui souhaitait l'élaboration rapide d'une proposition de Constitution, a alors cherché à convaincre les deux parties de s'unir et a été convié à jouer le rôle de médiateur dans les négociations qui devaient conduire au rapprochement entre *Ufungamano* et la CKRC. D'après *Chemi Chemi Ya Ukweli*, amenée à se prononcer sur la question, la fusion éventuelle entre les deux commissions soulevait un dilemme. Certes, en cas d'alliance, il était possible que le Gouvernement prenne le contrôle de l'Initiative *Ufungamano*, ce qui aurait conduit à négliger les aspirations populaires. Mais d'un autre côté, le rejet de l'offre risquait d'aggraver la situation politique, déjà tendue, et de marginaliser *Ufungamano*, toujours au détriment de l'intérêt du peuple⁴⁹⁶. Finalement, *Chemi Chemi* a estimé qu'il y avait plus à gagner à fusionner qu'à rester seul, l'organisation considérant également que les deux groupes avaient mutuellement besoin l'un de l'autre s'ils désiraient élaborer une Constitution légitime.

Au sein même d'*Ufungamano*, une majorité de membres se sont déclarés favorables à un processus intégré, estimé plus rapide et plus efficace que le maintien de diverses initiatives concurrentes. Selon eux, *Ufungamano* représentait la meilleure voie pour permettre aux Kenyans de réviser leur Loi fondamentale de façon effective et non violente et ils estimaient que leur intégration au processus initié par le Gouvernement contribuerait à la poursuite de cette tâche, dans le même esprit pacifique. Le rejet de la proposition de Yash Pal Ghai aurait d'ailleurs pu remettre en question l'honnêteté de l'engagement des leaders religieux et de leur volonté d'un processus incluant toutes les parties concernées. Dans un contexte déjà tendu, un tel refus aurait également pu se révéler dangereux. Aussi, en raison des craintes que le Président Moi ne cherche à faire échouer l'ensemble du processus, les membres d'*Ufungamano* n'ont pas tardé à accepter l'offre de Yash Pal Ghai, dont les efforts ont abouti en 2001, lorsque dix membres de la *People's Commission* ont été intégrés à la CKCR. Au total, les commissaires d'*Ufungamano* représentaient alors environ le tiers des membres de la nouvelle Commission élargie. Le Gouvernement et la KANU, qui ne souhaitaient en aucun

⁴⁹⁶ Newsletter. *Chemichemi. In Search of Peaceful Activities*, Issue No. XI, April-June 2001, p. 10.

cas voir *Ufungamano* se rapprocher de la Commission présidée par Yash Pal Ghai, ont été pris au dépourvu par la réunion des deux groupes. Après la fusion, *Ufungamano* n'a pas disparu mais est demeurée un regroupement des principaux leaders religieux du pays, coopérant pour promouvoir la paix, la justice, l'unité et la prospérité. Dans le cadre de leur travail au sein de la CKRC, les commissaires issus de l'Initiative se sont mis d'accord pour continuer à jouer un rôle de médiation entre les parties, de pression en faveur d'une révision rapide et d'évaluation du processus de réforme.

Ufungamano s'est révélée une expérience unique car, pour la toute première fois dans l'histoire du Kenya, les responsables de différentes confessions se sont réunis, ont collaboré et se sont exprimés d'une seule et même voix, pour la recherche et la défense d'un but unique, dans l'intérêt et pour le bénéfice des citoyens de tout le pays, sans distinction de foi. Contrairement à une attitude courante, les divers leaders ne se sont en effet, jamais prononcés pour représenter ou défendre les fidèles de leur culte particulier, mais pour protéger et promouvoir les droits et les demandes de tous les Kenyans. En outre, le dialogue interconfessionnel a pu constituer le moteur du changement, à une époque où ce sont plus souvent les conflits inter-religieux qui occupent le devant de l'espace médiatique. La mobilisation des leaders religieux résultait aussi des désillusions des citoyens face au manque de volonté des hommes politiques d'engager un processus de révision constitutionnelle. De façon générale, au sein de l'Initiative *Ufungamano*, les responsables culturels ont semblé agir sincèrement et, s'ils manquaient de la capacité technique et du sens aigu de la politique pour être très efficaces, leur force tenait à leur détermination sans relâche et à leur dévouement. L'Initiative a également joué un rôle crucial pour la sensibilisation des citoyens au processus de réforme, en éduquant les Kenyans sur l'importance de cet enjeu et en les invitant à exprimer leurs attentes et leurs opinions. L'Initiative a entamé un travail colossal d'éducation civique et politique, faisant découvrir à de nombreux citoyens l'existence même du mouvement de révision. Dans certaines zones du pays, en particulier dans la Province du Nord-Est, la majorité de la population n'avait pas du tout connaissance de l'exercice en cours, voire de l'existence d'autres partis politiques que la KANU⁴⁹⁷. Grâce au travail d'éducation civique entamé très tôt par les membres de l'Initiative, les *Wananchi* ont été sensibilisés à l'importance de participer et de comprendre le processus et les enjeux de la réforme de la Loi

⁴⁹⁷ *Report of Ufungamano IV Stakeholders Forum*. Venue: Ufungamano House. Date : June 20, 2000.

fondamentale. De façon plus durable, *Ufungamano* a fait prendre conscience à certains de droits qu'ils ignoraient probablement jusqu'alors.

Ufungamano est apparue comme la seule alternative capable d'aboutir à un mouvement de révision dirigé par les citoyens, au contraire du mouvement parlementaire, qui faisait figure de projet aux mains des politiques. Pour cette raison, l'Initiative a joui du soutien et de l'enthousiasme populaire, malgré des ressources limitées et l'hostilité évidente du Gouvernement à son encontre. Bénéficiant d'une bonne image au sein de la population, et constituant la plus haute autorité morale dans la société, les responsables confessionnels ont acquis une légitimité incontestable. Possédant par ailleurs des orientations politiques diverses, les leaders religieux ne pouvaient pas être accusés de favoriser une formation politique au détriment d'une autre et leur engagement a été considéré comme dénué d'intentions autres que celle d'agir pour le bien du peuple. Aussi, les Kenyans ont semblé accepter que leurs responsables religieux s'engagent sur des questions politiques. De façon surprenante, les leaders confessionnels ont témoigné d'une réelle capacité à prendre en main l'élan de réforme et, sans leur impulsion, celui-ci n'aurait jamais abouti à un tel résultat. Sur le long terme, l'importance d'*Ufungamano* paraît donc essentielle et, en l'absence de l'Initiative et des pressions qu'elle a exercé sur le Gouvernement, ce dernier n'aurait probablement pas entamé le processus de révision⁴⁹⁸. De plus, après son intégration à la CKRC, le groupe a facilité le travail de la Commission, puisque cette dernière s'est contentée de poursuivre ses activités de terrain et de sensibilisation. Par exemple, avant la création de la CKRC, *Ufungamano* s'était déplacé dans les différentes provinces du pays pour organiser des forums publics présidés par les leaders religieux et au cours desquels les citoyens avaient pu exprimer leurs aspirations et leurs doléances⁴⁹⁹. L'appui des responsables confessionnels a ainsi permis de sensibiliser et d'éduquer un nombre maximum d'individus, les organisations culturelles possédant des structures bien ancrées à l'échelle locale, que ce soit en milieu urbain ou rural. Enfin, l'existence de l'Initiative a contribué à l'intégration de représentants non politiques au sein de la Commission en charge d'élaborer le projet de nouvelle Constitution, puisqu'au moment de l'élargissement de la CKRC, grand soin fut pris de désigner des membres des différentes confessions et de toutes les régions du Kenya, ainsi qu'un nombre important de femmes, de

⁴⁹⁸ Entretien avec Ombok Otieno, membre de *Chemi Chemi ya Ukweli*, Nairobi, le 28 mai 2007.

⁴⁹⁹ Dans chaque localité, *Ufungamano* avait organisé des forums publics. Puis, à l'échelle régionale, des conférences avaient été mises en place, présidées par des évêques, des imams ou d'autres responsables religieux.

manière à respecter la diversité religieuse et culturelle du pays et de prendre en compte les intérêts de l'ensemble de la société.

b. Le travail de la Commission Kenyane de Révision Constitutionnelle (CKRC) après l'intégration d'Ufungamano et l'élaboration du projet de nouvelle Constitution.

La nouvelle Commission élargie, comprenant vingt-neuf membres et toujours désignée sous le terme de *Constitution of Kenya Review Commission* (CKRC) a acquis sa forme définitive en juin 2001⁵⁰⁰. Son travail concret reprenait en grande partie les idéaux d'*Ufungamano* pour la rédaction d'un projet de Constitution par et pour les citoyens, d'autant plus que les dispositions de l'article 4 du *Constitutional Review Act* prévoyaient que la Commission aurait pour mandat de collecter les idées du peuple et de les synthétiser, dans le but d'élaborer son projet de Loi Fondamentale. Aussi, la Commission a-t-elle poursuivi le recueil des propositions des *Wananchi* qu'avait initié la *People's Commission*. La CKRC a en outre continué les activités d'éducation civique engagées par *Ufungamano*, afin d'expliquer le contenu de la Constitution de 1963, ainsi que les concepts constitutionnels et les problèmes soulevés par le processus de révision. Les différents commissaires se sont déplacés dans tout le pays, pour discuter avec les citoyens et écouter leurs questions et leurs attentes. Dans chaque circonscription électorale, la CKRC a mis en place des forums constitutionnels (« *Constituency Constitutional Forum* »), pour faciliter les réunions et les débats avec le public. Les premières auditions se sont déroulées à Nairobi et dans les capitales provinciales, dès le début du mois de décembre 2001. Puis, entre avril et août 2002, la Commission a visité les autres circonscriptions, collectant en tout 35 015 opinions ou propositions formelles, mais écoutant en réalité des millions d'individus⁵⁰¹. Les informations ainsi recueillies ont ensuite été compilées et analysées, afin d'assurer la base du futur projet de Constitution. La CKRC a enfin publié son rapport en septembre 2002. Ce document, considéré comme progressiste et reflétant les aspirations populaires, a reçu un accueil globalement enthousiaste. De nombreux

⁵⁰⁰ Lors des premières nominations, le 10 novembre 2000, la CKRC comprenait dix-sept membres (Yash Pal Ghai, son Président, Kavetsa Adagala, Phoebe M. Asiyo, Zablon F. Ayonga, Ahmed I. Hassan, John M. Kangu, Bernard N. Kariuki, Githu Muigai, H. W. O. Okoth-Ogendo, Domiziano M. Ratanya, Ahmed I. Salim, Mohamed Swazuri, Keriako Tobiko, Paul M. Wambua et Alice Yano). Le 11 juin 2001, dix membres de la *People's Commission of Kenya* les ont rejoints (Oko Ooko-Ombaka, Abida Ali Aroni, Charles M. Bagwasi, Nancy M. Baraza, Isaac Lenaola, Wanjiku M. Kabira, Ibrahim A. Lethome, Salome W. Muigai, Abubakar Zein Abubakar et Riunga L. Raiji). Le même jour, deux personnes du Comité Restreint ont également été nommées (Mosonik arap Korir et Abdirizak A. Nunow).

⁵⁰¹ *The People's Choice. The Report of the Constitution of Kenya Review Commission. Short Version.* Dated, Sealed and Issued by the Constitution of Kenya Review Commission in Mombasa, on Wednesday the 18th day of September 2002, p. 11.

Kenyans espéraient alors que le projet serait adopté avant les élections générales de décembre 2002. Mais pour cela, il devait d'abord être approuvé par une Conférence Nationale Constitutionnelle (« *National Constitutional Conference* », NCC), puis par le Parlement. Or, dans le cadre de la NCC, les parlementaires devaient représenter un tiers des délégués et le Président Daniel arap Moi, certainement peu enclin à voir le processus aboutir avant l'échéance électorale, a subitement pris la décision de dissoudre le Parlement, le 28 novembre 2002, rendant impossible la participation des parlementaires à la NCC et entraînant l'annulation pure et simple de la conférence.

Toutefois, après l'échec historique de la KANU et l'arrivée au pouvoir d'une coalition de partis politiques, rassemblés sous la bannière de la coalition « arc-en-ciel » ou NARC (« *National Rainbow Coalition* ») lors des élections de décembre 2002, le nouveau Chef de l'État, Mwai Kibaki, a promis que la NCC serait convoquée en avril de l'année suivante. La *National Constitutional Conference* a donc entamé ses travaux le 28 avril 2003, marquant l'apogée du processus de réforme populaire. Deux jours plus tard, alors que le Président Kibaki inaugurait officiellement la Conférence, il a expliqué dans son discours que celle-ci constituait le point d'aboutissement d'une longue lutte de la population kenyane et que la révision représentait « *le premier audit de sa nation par le peuple depuis l'indépendance* »⁵⁰², affirmant encore que son Gouvernement espérait que le processus se conclurait aussi vite que possible. Regroupant au total 628 délégués, la NCC comprenait tous les membres du Parlement, les membres de la CKRC, des représentants de tous les partis politiques officiels, trois personnes en provenance de chacun des districts du pays et des porte-parole de la société civile. L'ensemble des réunions s'est tenu aux « *Bomas of Kenya* », un centre culturel situé dans la banlieue de Nairobi, en 2003 et en 2004, avec pour ambition de discuter et de modifier éventuellement le rapport publié par la CKRC, afin d'élaborer un projet définitif. Le texte ainsi obtenu devait ensuite être soumis à l'*Attorney General*, pour enfin être présenté à l'Assemblée Nationale, non pour le discuter, mais simplement pour le publier comme nouvelle Constitution. Le travail de la NCC a fait l'objet de nombreuses critiques, en raison de la durée de ses délibérations. D'autre part, alors que le Président Kibaki avait promis lors de son discours d'inauguration que son Gouvernement n'interférerait pas dans le processus de réforme, d'après certaines analyses, les délégués parlementaires de la NARC auraient été en grande partie responsables de la lenteur des travaux. Ces derniers s'opposaient, en effet, à la

⁵⁰² « *the first audit by the people of their nation since independence* », déclaration lors du discours d'inauguration officielle de la NCC par le Président Mwai Kibaki, aux Bomas of Kenya.

disposition qui aurait créé un poste de Premier Ministre, voire à l'adoption pure et simple d'une nouvelle Constitution. Alors que ces mêmes députés avaient constitué l'avant-garde de l'agitation pour inciter le gouvernement de la KANU à des réformes, désormais au pouvoir, ils ne semblaient plus en ressentir l'urgence. Pourtant, en décembre 2003, le Président Mwai Kibaki promettait aux Kenyans qu'ils auraient une nouvelle Constitution au plus tard le 30 juin 2004.

Malgré cette garantie, les travaux constitutionnels ont encore pris du retard. La deuxième phase de la Conférence Nationale Constitutionnelle, appelée « Bomas II », qui devait s'ouvrir le 17 novembre 2003 ne s'est en fin de compte réunie que deux mois plus tard, au motif que le Parlement, surchargé, devait auparavant voter des lois d'une importance capitale. L'avenir de la réforme a alors pris un tournant tout à fait hasardeux, certains hommes politiques, y compris des membres du Gouvernement, commençant à douter de la volonté du Président et de son Cabinet à poursuivre le processus. Finalement, le 12 janvier 2004, la NCC a repris ses délibérations, un Comité parlementaire dirigé par le député Paul Muite en assurant la coordination. L'une des principales actions de ce Comité a consisté à proposer un amendement du *CKRC Act*, afin de donner au Parlement le pouvoir de modifier le projet de Constitution adopté à l'issue de la NCC. Mais après le vote de cette modification, à la fin du mois de janvier 2004, le Révérend Timothy Njoya, le délégué musulman Munir Mazrui et six autres membres du *National Convention Executive Council* (NCEC), ont déposé une plainte pour demander la clôture des débats constitutionnels, tant que certains articles du *Constitution Review Act* ne seraient pas supprimés ou amendés. Les membres du NCEC ont également contesté la légitimité de plusieurs délégués à Bomas, au motif qu'ils n'étaient pas de véritables représentants du peuple. À ce moment là, certains membres d'*Ufungamano*, insatisfaits de la manière dont se déroulaient les débats, ont quitté la Conférence, contribuant encore à la remise en question du bien-fondé du processus. Malgré tout, à l'issue de ses travaux, la NCC a publié une proposition de nouvelle Constitution, appelée « projet Bomas » et qui a été adoptée par les délégués le 15 mars 2004, sans faire l'objet de débats majeurs. Le document de la CKRC avait alors été modifié par plusieurs amendements, mais en réalité, le projet Bomas n'en paraissait pas fondamentalement différent. En théorie, l'*Attorney General* aurait donc dû publier le texte et le soumettre au Parlement, qui aurait, à son tour, dû l'adopter et promulguer une nouvelle Constitution. Mais fin mars 2004, le vote de deux lois, le *Constitution of Kenya (Amendment) Act* et le *Constitution of Kenya Review (Amendment) Act*,

a donné au Parlement le pouvoir d'altérer le projet de Bomas et d'organiser un référendum pour l'adoption du texte ainsi élaboré.

Quelques mois plus tard, en juillet, à la suite d'actions de masse organisées à l'appel de la KANU, désormais le principal parti d'opposition, du *Liberal Democratic Party* (LDP) et du groupe de pression *Katiba Watch*⁵⁰³, le Gouvernement s'est résolu à initier des discussions pour mettre un terme au blocage. Alors que certaines questions contentieuses, objets de désaccords entre politiciens, entravaient de nouveau le processus, en novembre 2004, un accord a été conclu à Naivasha, une ville située au nord de Nairobi, aboutissant à la nomination d'un *Parliamentary Select Committee* (PSC) sur la Constitution, en charge de réfléchir aux thèmes litigieux. Possédant totale liberté pour modifier le projet de la Conférence Constitutionnelle de Bomas et ayant jusqu'au 20 juillet 2005 pour présenter sa version de la Constitution, le PSC a, dès le mois de juin, remis un texte qui a ensuite été discuté au Parlement. Le document final établi par le Comité Parlementaire Restreint et connu sous le nom de projet de Kilifi ou plus couramment de projet Wako, était en réalité le produit de parlementaires proches du Gouvernement qui, loin de représenter les intérêts de *Wanjiku*⁵⁰⁴, contenait au contraire un grand nombre de dispositions au profit de l'élite au pouvoir, réduisant à néant la logique des discussions tenues à Bomas. Le texte a pourtant été adopté par le Parlement le 21 juillet 2005 et publié par l'*Attorney General* en août. Un référendum a alors été annoncé et s'est déroulé le 21 novembre de la même année. À son issue, le projet a été rejeté à 57% des suffrages⁵⁰⁵. Le bilan du processus d'élaboration d'une nouvelle Constitution laisse une impression assez mitigée. Certes, si l'idéal de la NCC a été corrompu par la reprise en main du mouvement de réforme par le Gouvernement, la tenue de cette conférence fait quand même figure de moment historique, dans la mesure où elle devait constituer l'occasion unique pour les Kenyans de dialoguer et de développer un consensus pour leur destin national. Ainsi, comme les autres citoyens, les musulmans ont saisi l'occasion pour exprimer leurs attentes et leurs opinions sur le type de Constitution qu'ils souhaitaient pour l'avenir de leur pays.

⁵⁰³ *Katiba* est un mot swahili signifiant Constitution.

⁵⁰⁴ *Wanjiku* est un prénom féminin de l'ethnie kikuyu. Il est utilisé pour faire référence aux masses, aux citoyens ordinaires ou à l'opinion majoritaire. Le terme fut popularisé par l'ancien Président Daniel arap Moi, lors d'un rassemblement au début du processus de réforme constitutionnelle.

⁵⁰⁵ Lors du référendum du 21 novembre, un total de 11.594.877 électeurs étaient enregistrés, sur lesquels 6.081.395 ont voté, soit un taux de participation de 52.45%. Le « Oui » a recueilli 2.532.918 suffrages et le « Non » 3.548.477. Les résultats du référendum sont analysés plus en détail dans la deuxième partie de ce chapitre.

2) Les musulmans dans le cadre du mouvement de réforme : un engagement original.

Depuis l'indépendance, les musulmans se plaignent régulièrement de leur marginalisation économique et politique. Que ce discours soit exagéré ou qu'il corresponde à une réalité, il demeure certain que, dans le domaine politique et en comparaison aux groupes chrétiens, les musulmans sont toujours apparus plus ou moins en retrait, en raison de leur minorité numérique. Pourtant, ils ont participé de manière active à la vie politique, que ce soit au sein du Gouvernement, du parti au pouvoir ou de l'opposition. Dès les années 1950, sur la Côte, l'un des membres les plus actifs de la KANU, Maalim Juma bin Muhamad (1904-1974), qui était de confession islamique, contribua grandement à la reconnaissance et à l'implantation du parti dans la région⁵⁰⁶. De même, sous le régime de Jomo Kenyatta, des musulmans furent désignés ou élus membres du Parlement, même si aucun d'entre eux ne fut jamais nommé à un poste de ministre⁵⁰⁷. Sous la présidence de Daniel arap Moi, bien que très marquée par les valeurs chrétiennes, les musulmans réussirent encore à imposer une certaine influence, en particulier après 1982 et une tentative de coup d'état, dont l'échec dû énormément au Général Mahmoud Muhammad, un officier de religion islamique et d'ethnie somalie. Peu de temps après le putsch avorté, pour la première fois, un musulman, Hussein Maalim Mohammed, le frère cadet du Général Muhammad, devint ministre. Par ailleurs, tout au long de la présidence de Daniel arap Moi, Sharif Nassir, le député de la circonscription de Mvita, sur la Côte, et président de la branche du SUPKEM à Mombasa, exerça une longue carrière au sein du Gouvernement en tant que ministre adjoint de différents départements, puis comme ministre.

Néanmoins, le nombre de députés musulmans demeure assez faible et, de façon générale, ces parlementaires sont issus des régions ayant une population islamique significative (Côte, Nord-Est), ce qui démontre bien la difficulté certaine pour un musulman de se faire élire par une population en majorité chrétienne. Sur un total de 222 députés, les musulmans comptaient vingt-quatre représentants en 1992, trente en 1997, vingt-deux au sein du Neuvième Parlement élu en 2002 et vingt-sept à l'issue des élections de décembre 2007⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ BAKARI, M., « Muslims and the Politics of Change in Kenya », in BAKARI, M. et YAHYA, S.S. (eds.), 1995, *op. cit.*, p. 237.

⁵⁰⁷ Des musulmans furent cependant désignés à des postes de ministres adjoints.

⁵⁰⁸ Le Parlement kenyan compte au total 222 députés, dont 210 sont élus et 12 nommés. Après les élections de décembre 2007, le Dixième Parlement compte vingt-sept députés musulmans, dont vingt-deux élus : Abdi Nasir Nuh (Bura), Bare Aden Duale (Dujis), Ahmed Aden Sugow (Fafi), Yusuf Mohamed Haji (Ijara), Mohamed Abdi Kuti (Isiolo North), Abdul Bahari Ali (Isiolo South), Hassan Ali Joho (Kisauni), Ahmed Shakeel Ahmed Shabir

Proportionnellement, ils n'ont donc jamais constitué plus de 13% de l'ensemble des députés. Cependant, il serait exagéré d'affirmer qu'ils sont mal représentés sur la scène politique. Par exemple, au sein de son Gouvernement, le Président Kibaki a nommé un certain nombre de Ministres ou de Ministres adjoints de confession islamique. Le Cabinet en poste en juin 2007 comprenait ainsi deux ministres musulmans, Mohamed Abdi Mohamed, en charge des Autorités pour le Développement Régional, et Chirau Ali Mwakwere, aux Transports. D'autre part, cinq Ministres adjoints étaient de confession islamique : Mohamed Abu Chiaba (Développement du Bétail et de la Pêche), Isaack A. Shabaan (Gouvernement Local), Hussein T. Sasura (Travaux Publics), Abdirahman Ali Hassan (Commerce et Industrie) et Aden A. Sugow (Eau). En 2008, à l'issue des négociations entre le *Party of National Unity* (PNU) de M. Kibaki et l'*Orange Democratic Party* (ODM), le Gouvernement de Grande Coalition⁵⁰⁹ était composé de trente-huit ministres, dont cinq musulmans : Yusuf Haji (Défense), Chirau Ali Mwakwere (Transports), Najib Balala (Tourisme), Mohamed Abdi Kuti (Développement du Bétail) et Ibrahim Elmi Mohamed (Développement du Nord-Kenya). Il comptait par ailleurs six Ministres adjoints de foi islamique : Aden Ahmed Sugow (Service Public), Maalim Mohamed Mohamed (Énergie), Ramadhan Seif Kajembo (Environnement et Ressources Minérales), Mohamed Abu Abuchiaba (Développement de la Pêche), Hussein Tary Sasura (Développement du Nord-Kenya) et Mohamed Muhamud Ali (Programmes Spéciaux).

De façon générale, la religion apparaît comme un élément essentiel pour comprendre la société kenyane. Néanmoins, la position politique de l'islam semble très différente de celle de la chrétienté. Les Églises se sont toujours plus ou moins associées à la politique ou ont été utilisées par les hommes politiques, l'exemple le plus frappant étant celui de la forte proximité entre l'ancien Président Daniel arap Moi et l'*African Inland Church*. Pourtant, de façon paradoxale, dans le cadre de l'État à parti unique, les Églises anglicanes et catholiques, en

(Kisumu Town East), Farah Maalim (Lagdera), Mohamed Abu Abuchiaba (Lamu East), Yasin Fahim Twaha (Lamu West), Hussein Mohamed Abdikadi (Mandera Central), Mohamed Hussein Ali (Mandera East), Mohamed A.H.M. (Mandera West), Chirau Ali Mwakwere (Matuga), Mohamud Mohamed Ali (Moyale), Omar Mbwana Zonga (Msambweni), Mohamed Najib Balala (Mwita), Hussein Tarry Sasura (Saku), Ibrahim Elmi Mohamed (Wajir North), Abdirahman H. Ali (Wajir South) et Adan Keynan (Wajir West). Il faut y ajouter cinq députés nommés : Sophia Abdi Noor, Muhamad Dor Mohamad Yakub, Shakila Abdalla, Mohamed Abdi Affey et Amina Abdalla.

⁵⁰⁹ Après la réélection contestée de Mwai Kibaki à la présidence du Kenya en décembre 2007, la pays a connu une vague de violences sans précédent. Des négociations ont été conduites pendant plus d'un mois sous la direction de Kofi Annan, aboutissant, le 28 février 2008, à la signature d'un accord entre le PNU et l'ODM, portant notamment sur un partage du pouvoir dans le cadre d'un Gouvernement de Grande Coalition. Dans le cadre de cet accord, Raila Odinga a été désigné Premier Ministre. Pour plus de détails sur les élections 2007, voir le Dossier Spécial des *Cahiers d'Afrique de l'Est*, « Les élections générales 2007 au Kenya », n°37, janvier-avril 2008, et le Conjoncture de *Politique Africaine*, « Élections et violences au Kenya », n°109, mars 2008.

particulier, ont constitué la base d'une alternative politique et la chrétienté, dans un certain sens, représentait l'opposition⁵¹⁰. À l'opposé, au sein du lent mouvement d'ouverture démocratique, l'engagement politique des leaders musulmans a semblé beaucoup plus timide ou, au contraire, a pris des formes extrêmes. Même si en 1996, à travers le SUPKEM, des responsables de confession islamique ont rejoint le Comité de Direction de la 4Cs, au début du mouvement pour une réforme constitutionnelle et dans le contexte d'ouverture politique, une partie d'entre eux a adopté une position plus radicale, à travers la création de l'*Islamic Party of Kenya* (IPK), qui exprimait une forme d'engagement en dehors de la légalité. De même, dans le cadre d'*Ufungamano*, il semble que les musulmans aient reformulé leurs modes de participation politique, utilisant cette fois-ci du mieux qu'ils le pouvaient les circuits officiels pour faire entendre leur voix et défendre leurs intérêts.

a. L'engagement politique des musulmans kenyans après l'ouverture au multipartisme : contestation et participation hors des circuits légaux. L'épisode de l'Islamic Party of Kenya (IPK).

Au Kenya, les musulmans peuvent exprimer leurs attentes politiques et défendre leurs intérêts par l'intermédiaire de diverses institutions, en particulier le SUPKEM et la *National Union of Kenya Muslims* (NUKEM), qui virent le jour dans les années 1970. Elles furent toutes les deux enregistrées auprès du *Registrar of Societies* et servirent de tremplin à certains musulmans intéressés par une carrière politique. Pendant longtemps, ces organisations n'ont pas semblé très enclines à critiquer le Gouvernement ou les institutions étatiques, ce qui a rendu leur légitimité douteuse, d'autant plus qu'elles ne sont jamais véritablement parvenues à améliorer la condition des fidèles. Aussi, plutôt que d'agir par l'intermédiaire des structures officielles censées les représenter à l'échelle nationale, les musulmans expriment souvent leurs revendications politiques par la mobilisation, dès qu'ils ressentent que leurs institutions ou leur mode de vie sont menacés par le pouvoir ou par la sécularisation. Les fidèles kenyans paraissent aussi sensibles aux événements mondiaux et prêts à se regrouper pour défendre les intérêts de leur foi ou de leurs coreligionnaires si l'islam est critiqué ou attaqué⁵¹¹. De plus,

⁵¹⁰ CRUISE O'BRIEN, D., *Symbolic Confrontations. Muslims Imagining the State in Africa*, London : Hurst & Company, 2003, p. 93.

⁵¹¹ Par exemple, récemment, des manifestations ont été organisées pour protester contre la publication de dessins caricaturant le Prophète Mohammed dans divers journaux européens (*Sunday Nation*, 12/02/06, p. 28 : « *Muslims urge Kenya to cut all ties with Denmark* »), pour dénoncer la guerre entre Israël et le Hezbollah (*Saturday Nation*, 12/08/06, pp. 1-3 : « *Anger as flags burnt in protest over war* ») ou encore pour condamner

c'est sur un mode ponctuel que les musulmans se rassemblent, sans que cela ne se traduise par un engagement durable ou construit sur la scène politique. Pourtant, au début des années 1990, après la réintroduction du multipartisme, un groupe de jeunes activistes, souhaitant s'engager en politique, a créé l'*Islamic Party of Kenya*, dont les modalités d'existence paraissent assez révélatrices des difficultés entourant la reconnaissance politique de l'islam dans un État non islamique. En effet, non accepté par les autorités, l'IPK a pris un caractère plus ou moins radical⁵¹².

En 1992, de jeunes musulmans, parmi lesquels Abdulrahman Wandati, Omar Mwinyi et Taib Ali Taib⁵¹³, ont profité de la réintroduction du multipartisme pour créer cette formation qu'ils ont nommée *Islamic Party of Kenya*. Ce parti, soutenu par de nombreux musulmans modérés, tels que le professeur Alamin Mazrui⁵¹⁴, avait pour ambition de défendre et de promouvoir les droits des fidèles, sans pour autant ne s'adresser qu'aux individus de confession islamique. Pourtant, l'apparition de ce collectif a conduit à de violentes escarmouches, surtout à Mombasa, après que le Gouvernement ait refusé de l'enregistrer officiellement. Les premières manifestations se sont déroulées le 19 mai, à la suite de l'arrestation de sept prêcheurs dans le quartier de *Mwembe Tayari*, près du centre-ville de Mombasa. Au cours d'affrontements avec la police, plusieurs voitures ont été brûlées⁵¹⁵. Le lendemain, les forces de l'ordre ont envahi la mosquée de *Kwa Shiku*, toujours dans le quartier de *Mwembe Tayari* et, à la recherche du prêcheur Khalid Balala, devenu le leader symbolique de l'IPK, expulsé les fidèles. K. Balala a été arrêté un peu plus tard, alors que dans le même temps le Président par intérim de l'IPK, Omar Mwinyi, lançait un ultimatum au Gouvernement, selon lequel, si le parti n'était pas enregistré, une marche

l'arrestation de coreligionnaires dans le cadre des opérations de lutte contre le terrorisme (*Daily Nation*, 19/02/07, p. 2 : « *Muslims in demo over arrests* »).

⁵¹² L'IPK n'était pas une manifestation d'un quelconque extrémisme islamique, mais son radicalisme reposait sur sa condamnation totale du Gouvernement, exprimant la difficulté des musulmans à former une alternative politique, après l'ouverture à la compétition multipartisane.

⁵¹³ Ce dernier, avocat de profession, a mené une carrière politique assez tumultueuse. Après l'épisode de l'IPK, il a rejoint en 2002 la coalition de la Narc, grâce à laquelle il a été nommé maire de Mombasa en février 2003. Mais cette nomination a été révoquée en février 2006 par le Ministre du Gouvernement Local Musikari Kombo, quelques mois après l'échec du Gouvernement sur le référendum constitutionnel, en novembre 2005. Lors de la campagne référendaire, Taib Ali Taib avait, en effet, rejoint un groupe de ministres et de parlementaires de la KANU, opposés au projet de référendum. Cependant, après que l'affaire ait été portée en justice par le principal intéressé, une décision de deux juges de la Cour d'Appel l'a réinstallé à son poste en 2007, au motif que, d'après la Constitution, le Ministre n'avait pas le pouvoir de démettre de ses fonctions un conseiller municipal.

⁵¹⁴ ODED, A., « Islamic Extremism in Kenya: The Rise and Fall of Sheikh Khalid Balala », *Journal of Religion in Africa*, Vol. XXVI, n°4, novembre 1996, p. 407 et 411.

⁵¹⁵ *Daily Nation*, 20/05/92, pp. 1-2 : « *Cars burnt as riots erupt in Mombasa* ».

pacifique aurait lieu le vendredi suivant⁵¹⁶. L'arrestation de Khalid Balala a suscité plusieurs jours de manifestations dans les rues de Mombasa, organisées pour obtenir la reconnaissance du parti islamique. L'invasion de la mosquée de *Kwa Shiku* par la police a alors contribué à la mobilisation des fidèles. Ainsi que l'expliquait le Professeur Mohamed Bakari dans un article publié dans le *Daily Nation*, trois éléments sont sacro-saints dans la vie d'un musulman : le caractère sacré du Coran, l'inviolabilité de la personnalité du Prophète Mohamed et la mosquée⁵¹⁷. Aussi, lorsque les forces de l'ordre ont pénétré la mosquée de *Kwa Shiku*, les fidèles y ont vu une violation car, « *En profanant la mosquée avec ses bottes, la police envoya clairement le message qu'elle ne considérait pas leur lieu de culte de la même manière que le font les musulmans* »⁵¹⁸. C'est sans doute ce qui a motivé une réaction aussi violente de la part de certains fidèles, les démonstrations se prolongeant plusieurs jours et prenant une tournure dramatique lorsque, le 25 mai, deux personnes ont trouvé la mort⁵¹⁹. Malgré tout et en dépit des craintes que l'agitation ne se propage à d'autres villes de la Côte, voire au-delà, le *Registrar of Societies*, en charge de l'enregistrement des partis politiques, et l'*Attorney General* ont confirmé le refus de reconnaître l'IPK. Le 19 juin, Amos Wako affirmait d'ailleurs que l'IPK ne remplissait pas les conditions nécessaires pour être reconnu comme parti politique, en raison de sa connotation religieuse⁵²⁰, mais aussi parce qu'il contredisait les principes constitutionnels de non-discrimination et de sécularité de l'État.

Pourtant, d'après les fondateurs de l'IPK, si le parti contenait effectivement le mot « islamique », il ne s'adressait pas uniquement aux masses musulmanes et ses membres ne devaient pas nécessairement professer l'islam. Le parti s'appuyait, certes, sur les préceptes coraniques, mais il n'entendait pas opérer de discrimination quant à son accès ou dans ses buts. Ses instigateurs affirmaient l'avoir fondé sur l'exemple des partis démocrates-chrétiens d'Europe, qui ne remettent pas en cause le principe séculier, et son nom ne signifiait pas que son ambition était d'établir un État théocratique. D'ailleurs, les demandes d'enregistrement du parti n'ont pas été seulement soutenues par des musulmans, mais aussi par des figures emblématiques de l'opposition, telles que Jaramogi Oginga Odinga, le leader du *Forum for the Restoration of Democracy-Kenya* (FORD-K), qui considérait que le refus de reconnaître

⁵¹⁶ *Daily Nation*, 21/05/92, pp. 1-2: « *Riots in Mombasa escalate* ».

⁵¹⁷ *Daily Nation*, 30/05/92, p. 6: « *A case for registering Islamic Party of Kenya* ».

⁵¹⁸ « *In desecrating the Mosque with their boots, the police have sent a clear message that they do not hold in the same regard as the Muslims do, their place of worship* ». *Daily Nation*, 30/05/92, p. 6, « *A case for registering Islamic Party of Kenya* ».

⁵¹⁹ *Daily Nation*, 26/05/92, pp. 1-3: « *Rioting mobs burn Nassir's vehicle* ».

⁵²⁰ *Daily Nation*, 20/06/92, pp. 1-2: « *A-G gives verdict on Islamic Party* ».

la formation constituait une atteinte à la démocratie. Après les déclarations de l'*Attorney General*, les manifestations et les affrontements entre musulmans et forces de l'ordre ont repris de plus belle à Mombasa, en particulier dans le quartier de *Mwembe Tayari*, où les activistes de l'IPK tenaient des réunions quotidiennes⁵²¹. Mais finalement, le 20 juillet 1992, Sheikh Khalid Balala a été arrêté et jugé pour trahison, un crime passible de la peine de mort⁵²². À la suite de cette incarcération, plus de dix-mille personnes ont défilé dans les rues de Mombasa pour demander la libération du prêcheur et l'enregistrement de l'IPK⁵²³. Cependant, la formation demeurant interdite, ses leaders ont appelé les musulmans à voter en masse pour le FORD-K, le principal parti d'opposition, lors des élections générales de 1992⁵²⁴. Quinze activistes de l'IPK se sont même présentés sous étiquette du FORD-K, en particulier dans la région de Mombasa⁵²⁵. Bien qu'illégale, la formation islamique jouissait d'une popularité incontestable à Mombasa, ainsi qu'en témoigne la défaite de la KANU dans cette ville lors du scrutin de décembre 1992. Sur les quatre sièges parlementaires en jeu, le parti au pouvoir n'en a remporté qu'un seul, deux ayant été gagnés par Rashid Mzee et Salim Mwavuno, élus sous étiquette du FORD-K et soutenus par Khalid Balala⁵²⁶. Toutefois, petit à petit, des tensions se sont installées au sein même de l'IPK et certains ont commencé à se distancier des positions extrêmes de Khalid Balala, qui multipliait les attaques personnelles contre Moi ou contre Sharif Nassir et qui, dans ses discours, incitait à la violence. Aussi, en juin 1994, les leaders du parti ont décidé d'en expulser Balala, devenu selon eux une menace pour la communauté musulmane⁵²⁷. Puis, en 1995, alors qu'il était en voyage en Allemagne, les autorités kenyanes ont interdit au cheikh de rentrer au Kenya, au motif que son passeport n'y était plus valide⁵²⁸. L'absence de Khalid Balala a grandement affecté l'IPK, dont l'influence s'est réduite de plus en plus. Autorisé à revenir dans son pays en juillet 1997, Balala s'est ensuite toujours montré critique envers le Gouvernement, mais d'une manière beaucoup plus modérée, jusqu'à ce que l'on n'entende plus parler de lui⁵²⁹.

⁵²¹ *Daily Nation*, 20/07/92, pp. 1-2: « *IPK in riots* ».

⁵²² *Daily Nation*, 01/08/92, p. 5: « *SUPKEM chairman tells off Imams* ».

⁵²³ *Daily Nation*, 25/08/92, pp. 1-2: « *Balala demo stirs Mombasa* ».

⁵²⁴ *Daily Nation*, 10/11/92, p. 4: « *IPK backs FORD-K* ».

⁵²⁵ *Daily Nation*, 13/11/92, p. 3: « *IPK men 'to contest'* ».

⁵²⁶ ODED, A., 2000, *op. cit.*, p. 152.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 160.

⁵²⁸ Ayant aussi la nationalité yéménite, il fut informé qu'il pouvait tout aussi bien aller au Yémen.

⁵²⁹ L'IPK existe toujours en tant que formation politique non officiellement reconnue, mais le parti paraît assez peu actif. Il est présidé par Sheikh Mohammed Khalifa.

D'après les musulmans, l'interdiction de l'IPK pour les élections de 1992 illustrait la volonté gouvernementale de les marginaliser politiquement⁵³⁰. Toutefois, dans le même temps, l'expérience du parti islamique représentait une provocation à l'encontre du pouvoir car, malgré l'interdiction de la formation, ses membres ont continué à mener des activités. De plus, les manifestations violentes à Mombasa faisant suite à sa condamnation questionnaient la légitimité et la portée de l'autorité gouvernementale dans cette ville. L'IPK constituait une réaction radicale contre le pouvoir autoritaire et corrompu de l'époque, ainsi que l'illustre le thème des prêches de Khalid Balala. De façon quasi quotidienne, dans le parc de *Mwembe Tayari*, le cheikh prononçait des discours enflammés, dans lesquels il vitupérait contre la corruption, l'immoralité et le chômage⁵³¹. Dans son analyse du rapport des musulmans à l'État, Donal Cruise O'Brien voit ainsi dans l'IPK « *une réaffirmation de l'identité musulmane sous une forme provocatrice, invitant à la confrontation avec un État qui était constitutionnellement engagé à l'exclusion des partis ayant une base religieuse (ou ethnique)* ». D'après lui, l'épisode représentait plus qu'une simple manifestation politique, expliquant que « *La posture symbolique de l'IPK, se présentant comme la voix d'une communauté islamique imaginée, apparaît délibérément irréaliste en termes politiques* »⁵³². D'une certaine manière, l'IPK pouvait exprimer le désarroi moral d'une partie des musulmans, se sentant, depuis l'indépendance, plus ou moins exclus en termes politiques, économiques ou éducatifs. Mais l'influence politique de la formation demeurait assez restreinte, dans la mesure où, en dehors de la Côte, le parti ne jouissait que d'une audience faible. Le vice-Président de la branche du SUPKEM pour la Rift Valley, Alhaji Abdullahi Kiptanui, s'était même prononcé contre l'enregistrement du groupe, affirmant que la majorité des fidèles s'estimaient satisfaits du statu quo politique de l'époque⁵³³. D'ailleurs, même dans la région côtière, la formation ne bénéficiait pas d'un total soutien et, par exemple, en juillet 1992, six enseignants coraniques en avaient condamné les instigateurs, et plus particulièrement le prêcheur Khalid Balala, les accusant d'exploiter l'islam pour leurs ambitions personnelles⁵³⁴.

⁵³⁰ CRUISE O'BRIEN, D., 2003, *op. cit.*, p. 92.

⁵³¹ LAFARGUE, J., *Mobilisations collectives, démocratisation et système d'action protestataire. Analyse comparée des exemples kenyan et zambien*. Thèse pour le Doctorat en Science Politique, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1996, p. 337.

⁵³² « *a restatement of identity in a provocative form, inviting the confrontation with a state which was constitutionally committed to the exclusion of parties with a religious (or ethnic) basis. The symbolic stance of the IPK, presenting itself as the voice of an imagined Islamic community, appears deliberately unrealistic in political terms* », CRUISE O'BRIEN, D., 2003, *op. cit.*, p. 115.

⁵³³ *Daily Nation*, 10/06/92, p. 12: « *Rift Valley Muslims against Islamic party* ».

⁵³⁴ *Daily Nation*, 07/07/92, pp. 1-2: « *Koran tutors tell off IPK activist* ».

Dans le jeu politique local également, l'IPK a provoqué certaines controverses liées, en particulier, à l'opposition entre Shariff Nassir, député de Mvita et homme politique très influent à Mombasa, et Khalid Balala. L'IPK exprimait ainsi les fortes divisions au sein de la population musulmane et les luttes pour son leadership. Comme l'explique Donal Cruise o'Brien, la formation confirmait le caractère fragmenté de la population musulmane kenyane, le parti ayant été considéré par les Mijikendas, habituellement partisans de la KANU, comme un projet des Arabes des villes côtières⁵³⁵. L'IPK, dont le soutien émanait pour l'essentiel des populations arabes urbaines côtières, illustre ainsi la complexité de l'équation politique kenyane, qui se joue plus sur des alignements ethniques que religieux. De ce fait, il semble difficile de voir dans cette expérience la marque d'une conscience ou du moins d'une solidarité politique musulmane. De plus, le parti se posait ouvertement contre les organisations nationales représentatives de l'islam. Par exemple, alors que des délégués du SUPKEM et du NUKEM devaient rencontrer le Président Moi à la *State House* de Nakuru, le Président de l'IPK s'était montré très critique envers les deux organisations, les accusant de travailler pour leurs propres intérêts, au détriment de celui des fidèles⁵³⁶. Le Gouvernement a d'ailleurs su jouer des divisions au sein de la population musulmane, en favorisant la création de la *United Muslim Association* (UMA), pour contrer l'influence de l'IPK. La formation, née en mai 1993 à l'initiative de musulmans très actifs au sein de la KANU et soutenant le Gouvernement, s'est opposée au parti islamique, l'accusant de diviser les musulmans et d'inciter à la violence, en totale contradiction avec les principes coraniques. Pourtant, l'UMA a aussi attisé les clivages entre les fidèles, affirmant se poser en défenseur des musulmans « noirs », contre l'IPK qui aurait été une organisation arabe⁵³⁷. D'ailleurs, en 1993 et 1994, Mombasa a de nouveau été le siège de tensions, opposant cette fois-ci les musulmans entre eux⁵³⁸ et l'agitation s'est même propagée à d'autres villes côtières telles que Malindi et Lamu. La grande majorité des leaders et des hommes politiques musulmans ont alors condamné l'UMA, y compris ceux, comme les membres du SUPKEM, qui s'opposaient à l'IPK, mais

⁵³⁵ CRUISE O'BRIEN, D., 2003, *op. cit.*, p. 116.

⁵³⁶ *Daily Nation*, 20/07/92, pp. 1-2: « *IPK in riots* ». L'IPK ne fut d'ailleurs pas seul à condamner cette réunion puisque, après cette rencontre, vingt leaders religieux musulmans affirmèrent que le SUPKEM n'avait aucune légitimité pour s'exprimer au nom des fidèles et ne représentait en rien leurs aspirations (*Daily Nation*, 25/07/92, pp. 1-2: « *Islamic leaders disown trip to Moi* »).

⁵³⁷ ODED, A., *op. cit.*, p. 55.

⁵³⁸ *Daily Nation*, 14/04/07, p. 34: « *Coast often rocked by ethnic fights before polls* ».

qui ont considéré que la nouvelle organisation provoquait la division et la haine entre les fidèles⁵³⁹.

Alamin Mazrui, souligne que, tout comme le multipartisme a été vilipendé comme potentiellement diviseur en termes ethniques, il a aussi été condamné pour les antagonismes qu'il était susceptible d'exacerber en termes religieux⁵⁴⁰. D'après lui, c'est la raison pour laquelle, au moment de l'ouverture au multipartisme, le Président Moi a refusé l'équation religieuse dans la vie politique, interdisant l'enregistrement de l'IPK et du *Democratic Movement* (DEMO), au motif de leur inclinaison confessionnelle⁵⁴¹. Dans son analyse de la politisation de la religion au Kenya, Alamin Mazrui affirme que, si la présidence de Jomo Kenyatta s'est montrée très libérale dans le domaine de la religion, le régime du Président Moi fut en revanche marqué par une exagération de la polarisation ethnique et religieuse. Le Gouvernement de la KANU décida officiellement d'interdire l'IPK et le DEMO au nom de la sécularité inscrite dans la Constitution et pour protéger l'esprit d'une vie politique multiconfessionnelle. Mais selon l'analyse d'Alamin Mazrui, la raison profonde de la condamnation de ces deux formations tenait plus au fait qu'elles pouvaient remettre en cause l'ordre établi de la « *théocratie quasi-chrétienne* », dont la manifestation la plus évidente reposait sur l'idéologie *Nyayo*⁵⁴². Cette attitude du Gouvernement ne s'avérait pas sans risque et, ainsi qu'en témoignent les violences qui ont agité la principale ville côtière, elle a fait craindre l'éventualité d'une « Intifada noire », un soulèvement des musulmans contre le pouvoir⁵⁴³. De même, l'interdiction de l'IPK aurait pu raviver les souvenirs du mouvement *Mwambao* et réveiller les idées d'autonomie. En réalité, l'attitude intransigente du Président Daniel arap Moi correspondait sans doute à un certain dédain de l'islam, Moi ne s'étant pas toujours montré très respectueux envers les musulmans et leur foi. Par exemple, lors de son discours du *Madaraka Day*, en juin 1992, l'ancien Président avait associé la traite des esclaves dans l'océan Indien aux musulmans, ce qui avait suscité l'indignation et la colère de ces derniers⁵⁴⁴. Quoiqu'il en soit, l'expérience de l'IPK s'est révélée éphémère et comme le

⁵³⁹ ODED, A., *op. cit.*, p. 158.

⁵⁴⁰ MAZRUI, A., « Ethnicity and Pluralism: The Politization of Religion in Kenya », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, Vol. 14: 1&2, Janvier & Juillet 1994, p. 192.

⁵⁴¹ En 1992, l'enregistrement de six partis politiques a été refusé : le *Green African Party* (GAP), le *Green Party* (GP), le *Kenya Nationalist Peoples' Democratic Party* (KNPDP), le *Party of Proletariat and Peasants* (KPP), le *Democratic Movement* (DEMO) et l'IPK. Le *Democratic Movement* avait été fondé par Ngonya wa Gakonya, le leader d'une secte appelée la *Tent of the Living God*. L'idéologie du parti tirait en particulier ses racines des traditions religieuses kikuyus, ce qui avait motivé le refus de l'enregistrer.

⁵⁴² MAZRUI, A., 1994, *op. cit.*, pp. 195-196.

⁵⁴³ *Daily Nation*, 06/06/92, pp. 1-2: « *State warned of Muslim uprising* ».

⁵⁴⁴ *Daily Nation*, 08/06/92, pp. 1-2: « *Muslims seek apology for Moi slave remark* ».

souligne François Constantin à propos des mobilisations musulmanes pour la défense du parti, « *aussi conscients et fiers de leur identité religieuse que soient les musulmans kenyans (...), celle-ci ne paraît toujours pas être à même de déclencher une action communautaire capable sinon d'investir, du moins de se situer durablement dans l'instance politique* »⁵⁴⁵. L'IPK représentait plus un mouvement de protestation contre le régime jugé tyrannique et oppresseur, qu'une formation porteuse d'un projet politique véritable, ce qui explique sans doute pourquoi l'expérience a tourné court. Comme l'analyse aussi Jérôme Lafargue dans sa thèse sur les mobilisations collectives au Kenya et en Zambie, les difficultés liées à la reconnaissance de l'IPK et les diverses manifestations qui s'en sont suivies soulevaient le problème de la place de la minorité musulmane au sein de la nation kenyane, largement chrétienne, et de la prise en compte des intérêts des fidèles par le pouvoir⁵⁴⁶. Au-delà de leur dimension politique, ces émeutes reflétaient ce sentiment diffus des musulmans d'avoir été marginalisés et d'être déconsidérés par le reste de la société. S'estimant infériorisés, voire mal acceptés en tant que citoyens, certains fidèles, en particulier les plus jeunes, avaient trouvé dans l'IPK une alternative face à leur déception à l'égard des pouvoirs publics. C'est donc pourquoi ils ont choisi les émeutes et l'action en dehors de la légalité comme mode privilégié d'expression. Or, plus récemment, le processus de révision constitutionnelle a donné l'occasion aux musulmans de s'exprimer cette fois-ci dans un cadre formel et officiel, de concert avec les autres groupes religieux et les associations de la société civile.

b. Les musulmans dans le cadre du processus de révision constitutionnelle : une redéfinition de leurs modalités d'engagement politique ?

Tout au long du mouvement de réforme constitutionnelle, les musulmans se sont révélés l'un des principaux groupes d'influence, les leaders islamiques jouant, en effet, un rôle important au sein d'*Ufungamano* et plus tard, dans le cadre de la CKRC. Par exemple, à *Ufungamano*, lors du second *Stakeholders' Forum*, il a été décidé d'intégrer les Imams aux différents comités car, priant avec les fidèles cinq fois par jour, ils étaient considérés comme des relais potentiels pour éduquer et sensibiliser les masses musulmanes. De façon plus générale, les groupes officiellement en charge de représenter les fidèles se sont joints à l'Initiative et dès ses origines, les membres du SUPKEM y ont participé de manière très

⁵⁴⁵ CONSTANTIN, F., « Mobilisations populistes musulmanes. Les embûches du passage au politique (Kenya, Tanzanie) », in CONSTANTIN, F. et COULON, C., 1997, *op. cit.*, p. 317.

⁵⁴⁶ LAFARGUE, J., 1996, *op. cit.*, p. 339.

active. En parallèle, un autre groupe, le *Muslim Consultative Council* (MCC), s'est constitué le 9 juillet 1997, à l'initiative de Farouk Adam, Abdulhamid Slatch et Abdulrahman Wandati, avec pour mission principale d'exprimer les intérêts de l'islam dans le cadre du mouvement de réforme. En réalité, c'est surtout par son engagement dans le processus de révision que le MCC s'est fait connaître⁵⁴⁷. Quand le groupe s'est formé, aucune loi n'expliquait qui participerait à la réforme et les responsables musulmans ont estimé qu'ils devraient contribuer pleinement à ce travail. C'est pourquoi, en collaboration avec divers cheikhs et leaders religieux, des activistes ont initié le MCC, afin que leurs coreligionnaires ne se retrouvent pas à l'écart et puissent rejoindre les autres organisations qui étaient déjà engagées⁵⁴⁸. Dans le cadre de la CKRC, composée de vingt-neuf membres dans sa forme finale, sept personnes professaient l'islam. Trois avaient été nommées lors de la création de la Commission, le 10 novembre 2000 : Ahmed Issack Hassan, Ahmed Idha Salim et Mohamed Swazuri. Après la fusion entre la CKRC et *Ufungamano*, le 11 juin 2001, trois autres commissaires musulmans ont été désignés : Abida Ali Aroni, Ibrahim Lethome et Abubakar Zein Abubakar⁵⁴⁹ et enfin, un musulman du Comité Parlementaire restreint : Abdirizak A. Nunow. Sur ces sept personnes, Ibrahim Lethome, a été désigné à l'initiative du SUPKEM, pour représenter la population islamique⁵⁵⁰. D'ailleurs, comme l'a expliqué Adan Wachu, le Secrétaire Général du SUPKEM, le décret parlementaire instituant la CKRC, mandatait son organisation et le MCC pour s'exprimer au nom des musulmans dans l'élaboration du projet de nouvelle Constitution⁵⁵¹. En outre, leur représentation a obtenu une promotion considérable en juin 2004, lorsque la juriste Abida Ali Aroni est devenue Présidente de la CKRC, en remplacement de Yash Pal Ghai⁵⁵². Après la remise du rapport de la Commission, des membres du MCC et du SUPKEM ont également été délégués lors des trois conférences tenues à Bomas, entre 2002 et 2004. Sur un total de 629 personnes, environ 70 participants étaient alors de confession islamique, ce qu'Ibrahim Lethome, l'un des anciens commissaires

⁵⁴⁷ D'après l'acte établissant le Conseil, ses missions étaient, entre autres, de promouvoir l'autonomie de la communauté musulmane, de fournir une réponse efficace aux désastres naturels qui peuvent affecter les musulmans, de promouvoir la paix et la coexistence pacifique entre les différents groupes religieux du Kenya, de mener diverses activités caritatives, en respect des enseignements de l'islam, de représenter les intérêts des musulmans, etc.

⁵⁴⁸ Entretien avec Ibrahim Ahmed Yussuf, membre du MCC, Nairobi, le 20 avril 2006.

⁵⁴⁹ Abida Ali Aroni représentait le *Muslim Sisters' Network*, une association de femmes musulmanes, Zein Abubakar Zein était membre du parti politique Safina et Ibrahim Lethome provenait du SUPKEM.

⁵⁵⁰ Entretien avec Ibrahim Lethome, commissaire à la CKRC, nommé par le SUPKEM pour représenter les musulmans, Nairobi, le 9 décembre 2005.

⁵⁵¹ Entretien avec Adan Wachu, Secrétaire Général du SUPKEM, Nairobi, le 20 avril 2006.

⁵⁵² Abida Ali Aroni, avocate de profession, était également une activiste des droits des femmes, Présidente du « *Muslim Sisters' Network* », une organisation qui était membre d'*Ufungamano*. Ceci explique pourquoi sa Présidente fut désignée comme Commissaire à la CKRC.

de la CKRC a estimé être un nombre raisonnable⁵⁵³. Enfin, dans le cadre de la Conférence Nationale Constitutionnelle, sept musulmans ont été choisis pour représenter les intérêts et la voix de leurs coreligionnaires. Quatre d'entre eux étaient issus du SUPKEM : Abdulghafur El-Busaidi (Président du Conseil), Sheikh Ali Shee, Yussuf Ali Mustafa et Asiya Mahmood Mwanzi. Les trois autres, Sultana Fadhil, Ibrahim Yussuf et Abdulrahman Madanti, étaient des membres du MCC⁵⁵⁴.

Parallèlement à leur engagement « formel » au sein de la CKRC puis lors de la Conférence Nationale, les musulmans ont initié différents regroupements pour enrichir les travaux constitutionnels de leur apport et sensibiliser les fidèles. Tout d'abord, dans les mosquées, en particulier lors de la grande prière du vendredi, les Imams commentaient le processus de révision, contribuant à la sensibilisation des individus qui, mieux informés, se trouvaient eux aussi à même de discuter de la réforme. De façon plus organisée, une « *Muslim Task Force on Constitutional Review* » a vu le jour à la mosquée *Jamia* de Nairobi, avec pour ambition de permettre aux musulmans d'apporter leur contribution et de faciliter leur engagement lors de la conférence nationale. L'exercice de révision constitutionnelle a donc fourni aux fidèles l'opportunité de s'organiser et de faire pression pour leurs intérêts, dans un cadre structuré et légal. Cependant, la durabilité de ce phénomène pose question, dans la mesure où la plupart de ces groupes, créés spécifiquement pour prendre part au mouvement de réforme, ont depuis disparu, parfois même avant le référendum organisé en novembre 2005. N'ayant pour ambition principale que de faciliter la représentation de l'islam dans le cadre de l'exercice de révision, la plupart de ces organisations n'avaient plus de véritable raison d'être une fois le projet de Constitution élaboré et la plupart ont été dissoutes. Comme l'a expliqué Musa Mwale, l'un des anciens membres de la *Muslim Task Force on Constitutional Review*, le groupe, qui incluait le MCC, la *Young Muslim Association* (YMA), ou d'autres organisations musulmanes, n'existe plus aujourd'hui, alors que le pays ne possède toujours pas de nouvelle Loi Fondamentale⁵⁵⁵. Si les associations religieuses se sont montrées très actives entre 2001 et 2004, pour faire pression en vue d'un exercice de révision aux mains du peuple, depuis l'échec du référendum organisé fin 2005, les politiques ont repris en main l'ensemble du processus. Certes, toutes les organisations musulmanes engagées n'ont pas été

⁵⁵³ Entretien avec Ibrahim Lethome, le 9 décembre 2005.

⁵⁵⁴ Constitution of Kenya Review Commission (CKRC), *The Final Report of the Constitution of Kenya Review Commission*, Approved for Issue at the 95th plenary Meeting of the CKRC, Held on the 10th of February 2005, pp. 597-598.

⁵⁵⁵ Entretien avec Musa Mwale, ancien volontaire au sein de la *Muslim Task Force on Constitutional Review*, Nairobi, le 22 novembre 2006.

uniquement créées pour cette occasion puisque, par exemple, le SUPKEM ou le *National Muslims Council of Kenya* (NMCK), une organisation nationale formée avant l'exercice de réforme et qui existe toujours, ont été très impliqués tout au long du processus. D'après Nazlin Umar Rajput, la fondatrice et Présidente du NMCK, ce dernier était d'ailleurs la principale organisation musulmane engagée dans l'élan de réforme⁵⁵⁶. Mais le cas du *National Muslim Leaders Forum* (Namlef) paraît sans doute plus significatif puisque, institué à l'origine comme organe de rassemblement de leaders musulmans pour la réforme, le groupe est aujourd'hui présenté par Abdullahi Abdi, son Président, comme le porte-parole des fidèles et des principales organisations islamiques sur toutes les questions politiques les concernant ou susceptibles de les affecter⁵⁵⁷. Le cas du MCC est également à relever. Formé parallèlement à la naissance du processus de réforme, le Conseil existe toujours mais ne semble plus très actif, peut-être en raison de sa faible représentativité, ainsi que l'a suggéré Hassan Mwakimako⁵⁵⁸.

De façon générale, la mobilisation des musulmans dans le cadre du processus de réforme constitutionnelle remet en question les analyses dominantes sur leur engagement politique. La plupart des chercheurs ayant abordé ce thème estiment, à l'image de Jérôme Lafargue, que « *le passage au politique des réseaux musulmans ne parvient pas à se manifester en dehors de l'action violente, qui semble être conçue par certains des leaders islamiques les plus visibles comme la seule possibilité de s'exprimer et d'être entendus de tous* »⁵⁵⁹. Au contraire, tout au long du processus de réforme, les musulmans sont apparus très loyalistes, intégrant les structures légales de réforme et mobilisant leurs énergies au sein des appareils officiels, sans recourir à la force. Leur engagement illustre le fait que l'utilisation de la violence au moment des tensions liées à l'IPK ne reflétait pas une attitude durable, mais simplement l'emploi d'une ressource politique disponible parmi d'autres, pour faire entendre des revendications politiques, ou pour accéder à l'espace public. Pourtant, cette multiplication d'initiatives islamiques atteste aussi de la difficulté des musulmans à s'exprimer d'une seule et unique voix. Il est d'ailleurs important de noter que la plupart des organisations mentionnées précédemment regroupaient des Sunnites, alors que les Chiites ont été beaucoup

⁵⁵⁶ Nazlin Umar Rajput est également engagée en politique. Membre de l'*Orange Democratic Party of Kenya* (ODM-K), elle a été candidate à l'investiture de cette formation pour les présidentielles de décembre 2007. Entretien réalisé à Nairobi, le 25 avril 2006.

⁵⁵⁷ Entretien avec Abdullahi Abdi, Président du *National Muslims Leaders Forum*, Nairobi, le 13 septembre 2006.

⁵⁵⁸ Hassan Mwakimako était chargé d'enseignement à l'Université de Nairobi, dans le département d'Études religieuses. Il enseigne actuellement en Allemagne. Entretien réalisé à Nairobi, le 7 octobre 2005.

⁵⁵⁹ LAFARGUE, J., 1996, *op. cit.*, p. 341.

plus passifs. Ceci tient pour partie à la faible proportion de Chiites parmi les musulmans kenyans et au caractère fragmenté du groupe, mais aussi au fait que les différentes « sectes » chiïtes se tiennent le plus souvent à l'écart de la politique, comme l'ont expliqué Shiraz Magan au sujet des Ismaéliens et Murtaza Somji à propos des Duodécimains⁵⁶⁰.

Malgré tout, en permettant aux citoyens de s'exprimer sur le type de Constitution qu'ils souhaiteraient pour leur pays, l'exercice de réforme a donné, pour la toute première fois, l'opportunité aux Kenyans de réfléchir à leur Gouvernement, à leurs institutions et à leurs droits, même s'il reste indéniable que les personnes qui se sont prononcées étaient pour la plupart engagées au sein d'associations ou de groupes de pression⁵⁶¹. De fait, le mouvement de révision constitutionnelle a instauré, au moins dans sa première phase, une véritable entreprise démocratique et civique. En ce qui concerne plus particulièrement les musulmans, de nombreuses idées concernaient le système judiciaire et les tribunaux appliquant le droit islamique, même si, ainsi que l'a précisé le cheikh Said Ali :

« Nous [les musulmans] nous sommes intéressés à la Constitution dans son ensemble, pas seulement aux tribunaux de Kadhis. Nous ne sommes pas juste concernés par les tribunaux de Kadhis, parce que nous sommes aussi des citoyens. Nous avons de nombreux autres soucis (...). Nous ne nous intéressons pas aux tribunaux de Kadhis, nous souhaitons aussi être traités comme des citoyens »⁵⁶²

Les musulmans se sont, en effet, abondamment exprimés sur les questions de la citoyenneté, des problèmes fonciers ou bien encore des droits et libertés car, comme l'a encore expliqué la juriste Sultana Fadhil :

« La révision constitutionnelle concernait beaucoup de choses et pas seulement les tribunaux de Kadhis. Et, en effet, la plupart d'entre nous, musulmans, n'allons pas au tribunal de Kadhi tous les jours, mais nous nous rendons au poste de police de façon quotidienne, nous avons besoin des services du Gouvernement, nous avons besoin d'infrastructures, nous avons besoin de centres de santé, nous avons besoin d'électricité, nous avons besoin de toutes ces choses de base ! »⁵⁶³

⁵⁶⁰ Entretiens réalisés à Nairobi, le 29 juin 2006 pour Shiraz Magan et le 18/08/06 pour Murtaza Somji. Les Chiïtes ont toutefois participé au processus de révision constitutionnelle. Shiraz Magan était le délégué des Ismaéliens aux réunions de Bomas et les Duodécimains y avaient envoyé un avocat, Murtaza Jaffer.

⁵⁶¹ Entretien avec Willy Mutunga, réalisé à Nairobi le 8 décembre 2005.

⁵⁶² « *We [Muslims] looked at the Constitution in totality, not only at the Kadhis' Courts. We are not only concerned about the Kadhis' Courts, because we are also citizens. We had many other concern (...). We are not interested in Kadhis' Courts, we are also interested to be treated as citizens* ». Entretien avec le cheikh Said Ali, Nairobi, le 10 décembre 2005.

⁵⁶³ « *The Constitutional Review was about many things, not only the Kadhis' Courts. And in fact, most of us Muslims do not go to the Kadhi's Court every day, but we go to the Police on a daily bases, we need services*

Cependant, pour les besoins de cette étude, seuls les avis relatifs aux juridictions kadhiales sont étudiés et analysés. Les travaux préparatoires à l'élaboration d'un projet de Constitution ont ainsi donné aux fidèles l'occasion unique de réfléchir à l'avenir de leurs institutions juridiques, aux moyens de les améliorer et à la manière dont ils pensent qu'elles devraient fonctionner. Pour réaliser ses consultations populaires, la CKRC avait élaboré un questionnaire, censé guider les Kenyans dans la formulation de leurs propositions et qui abordait tous les articles de la Loi fondamentale. Sur le thème du système judiciaire, cinq points concernaient les tribunaux de Kadhis :

- 1) Est-ce que le travail des Chief Kadhis/Kadhis devrait être limité à des tâches judiciaires ? Si non, quel autre genre de mission devraient-ils exercer ?
- 2) Est-ce que les Chief Kadhis/Kadhis devraient avoir les mêmes qualifications que les autres magistrats ? Si non, quelles devraient être leurs qualifications ?
- 3) Qui devrait nommer les Kadhis ?
- 4) Est-ce que les Kadhis devraient juger d'autres questions de droit islamique que les affaires de mariage, de divorce et de succession ?
- 5) Est-ce que les tribunaux de Kadhis devraient avoir une juridiction d'appel ?

Sur un total de 17 010 réponses aux dix-sept questions concernant le système juridique, 2 580 s'appliquaient aux cinq questions relatives aux tribunaux de Kadhis, dont 550 concernaient les qualifications des juges musulmans, 665 étaient relatives à leur nomination et 547 aux appels⁵⁶⁴. Dans les opinions ainsi collectées, près de 320 se prononçaient pour que les Kadhis aient une qualification équivalente à celle des autres magistrats, ou au moins un diplôme universitaire en droit islamique, voire une double formation en droit islamique et en droit séculier. Au sujet des modalités de nomination, une majorité exprimait le souhait que les Kadhis soient nommés, soit par les musulmans eux-mêmes (174), soit par une organisation de leaders religieux (152), que ce soit le SUPKEM, un conseil de lettrés ou le *Council of Imams and Preachers of Kenya* (CIPK). En revanche, seules 74 personnes se prononçaient en faveur

from the Government, we need infrastructures, we need proper health care, we need water, we need electricity, we need all those basic things! ». Entretien avec Sultana Fadhil, Mombasa, le 12 janvier 2006.

⁵⁶⁴ OWUOR, W., « Judiciary and the Kadhi's Courts », *Katiba News*, January 2005, pp. 8-9.

d'une nomination des juges islamiques par la *Judicial Service Commission*⁵⁶⁵, ce qui est pourtant la procédure en vigueur. Enfin, en ce qui concerne leur juridiction, plus de 320 personnes souhaitaient que les Kadhis puissent s'occuper d'autres affaires que celles relatives au mariage, au divorce et à l'héritage, dont une vingtaine exprimaient même la volonté que les institutions kadhiales puissent juger d'affaires criminelles impliquant des musulmans⁵⁶⁶. Certains réclamaient encore un plus grand nombre de tribunaux, que le Chief Kadhi ait le même statut qu'un juge de la Haute Cour, ou bien que son travail se limite strictement à des fonctions judiciaires⁵⁶⁷.

Tous les citoyens, qu'ils soient musulmans ou non, étaient en droit de soumettre leurs propositions sur le thème des juridictions kadhiales. Cependant, l'étude des réponses par circonscription électorale révèle que c'est surtout dans les zones à forte population islamique que des suggestions ont été obtenues en la matière. Ainsi, sur les huit provinces que compte le Kenya⁵⁶⁸, la Province Côtière et la Province du Nord-Est cumulées représentaient 27%, 37%, 39%, 45% et 43% du nombre total des réponses données aux cinq questions citées précédemment⁵⁶⁹. La plupart des avis relatifs aux tribunaux de Kadhis s'en tenaient aux aspects mentionnés ci-dessus, même si certaines idées assez originales ont parfois été exprimées. Par exemple, dans la circonscription de Kisauni, il était suggéré que les Kadhis aient un bureau spécial pour les femmes. Certaines autres propositions concernaient les valeurs éthiques associées à la fonction du juge islamique, plusieurs individus ayant proposé que le Kadhi soit impérativement un homme marié, mais aussi pieux et respectable⁵⁷⁰. Dans certains districts à forte population musulmane, en particulier dans le Nord-Est, quelques idées exprimaient le souhait d'une extension de la juridiction des Kadhis aux questions criminelles. À Mandera, par exemple, la *Mandera Education Development Society* exposait des vues assez extrêmes, proposant que :

⁵⁶⁵ La *Judicial Service Commission*, à laquelle appartient le *Chief Justice*, est responsable de la nomination, du remplacement et de la révocation de l'ensemble du personnel judiciaire et des magistrats du Kenya. Ses membres sont irrévocables.

⁵⁶⁶ Ces données chiffrées sont extraites du *Report of the Constitution of Kenya Review Commission, Volume Four: Constituency Constitutional Forum Reports*, Approved for issue at the 66th Meeting of the Commission held on 20th March, 2003.

⁵⁶⁷ HASSAN, A.I., *Working Document For the Constitution of Kenya Review Commission on the Kadhi's Courts, Chief Kadhi and Kadhis*.

⁵⁶⁸ Le Kenya est divisé en sept provinces (Coast, North-Eastern, Eastern, Central, Rift Valley, Western et Nyanza), plus Nairobi.

⁵⁶⁹ Données fournies par Walter Owuor, *op. cit.*

⁵⁷⁰ *Report of the Constitution of Kenya Review Commission, Volume Four: Constituency Constitutional Forum Reports*, Approved for issue at the 66th Meeting of the Commission held on 20th March, 2003.

« Les tribunaux de Kadhis soient renforcés et établis dans chaque division dans les zones à prédominance musulmane, dans le but d'amener les tribunaux plus près de la communauté musulmane. Les Kadhis devraient être élus par le public à travers des consultations avec l'*ulumaudin* de la zone en question. Je propose que (...) [les Kadhis] aient la responsabilité sur tous les crimes et sur les tribunaux qui se rapportent aux zones majoritairement peuplées de musulmans. Les tribunaux de Kadhis devraient être autonomes et séparés de la Commission Judiciaire »⁵⁷¹

Dans le même ordre d'idées, à Wajir South (Province du Nord-Est), un individu du nom de Mahamud Sheikh suggérait :

« Étant donné que nous, dans la Province du Nord-Est, sommes à 100% musulmans, nous souhaitons un système judiciaire indépendant/autonome, comme cela est le cas des États de Kano et de Zanzara au Nigeria, qui appliquent la charia islamique à la lettre. Nous sommes également d'avis que tous les verdicts et arguments devraient émaner du Coran, des Hadiths et de la culture islamique (...) »⁵⁷²

Certes, de telles opinions restaient minoritaires et ne reflétaient pas les aspirations de la plupart des musulmans, qui souhaitaient une simple amélioration du statut de leurs institutions, voire une légère extension de leur compétence aux affaires civiles ou commerciales. En outre, de façon générale, les propositions portaient surtout sur la nécessité que les Kadhis soient des magistrats qualifiés. L'ensemble de ces suggestions, après avoir été compilées et analysées, a servi de base de travail à la CKRC. Dans son rapport, cette dernière a ainsi souligné que certains musulmans avaient exprimé le sentiment de constituer une minorité religieuse, ayant souffert de discriminations et dont les droits avaient été négligés, les valeurs dénigrées et les institutions dévalorisées. Dans ses recommandations, elle suggérait donc que les institutions de droit islamique soient conservées et leur statut amélioré⁵⁷³.

Outre la CKRC, divers juristes ou organisations ont également émis des propositions sur l'avenir des institutions kadhiales. Le Commissaire Ahmed Issack Hassan, en particulier, a

⁵⁷¹ « (...) *Khadi's Court to be strengthened and established in every division in Muslim dominated area for the purpose of bringing courts closer to the Muslim community. Kadhi's to be elected by the public through consultation with the ulumaudin of the given area. I propose that [the Kadhis] should be given the responsibility on all crimes and court pertaining to the Muslim dominated area. The Khadis Courts should be autonomous and divorced from the Judiciary Commission* ». Mander Education Development Society (MEDS), propositions de Mohamed Noor Maalim, gestionnaire des programmes.

⁵⁷² « ...since we in North Eastern Province are 100% Muslims, we want an independent/autonomous Judiciary just like the case of KANO AND ZANFARA State in Nigeria, which apply Islamic sharia to the latter. We are also of the view that all verdicts/arguments should emanate from the Quran, Hadith and Islamic culture ». Wajir South Constituency, idées présentées par Mahamud Sheikh (président), le 6 juin 2002.

⁵⁷³ Le texte élaboré par la CKRC comprenait quatre articles relatifs aux tribunaux de Kadhis. Il était par exemple suggéré d'établir au moins trente juridictions kadhiales, d'étendre leur juridiction à certaines affaires civiles et commerciales et à l'administration des *Wakf* ou bien encore de prévoir une procédure d'appel spécifique. Voir le détail dans l'annexe 8.

rédigé plusieurs documents sur cette thématique⁵⁷⁴. Il a estimé que la CKRC aurait pu s'inspirer de la situation d'autres pays africains possédant des juridictions particulières en charge de l'application du droit musulman. Selon lui, des leçons auraient pu être tirées de l'exemple du Nigeria où, en plus des tribunaux de Kadhis de première instance, il existe une « *Sharia Court of Appeal* », à la tête de laquelle siège un Grand Kadhi. Ce dernier doit être titulaire d'un diplôme reconnu en droit islamique, doit avoir exercé la justice depuis au moins dix ans et doit posséder une expérience suffisante dans la pratique du droit coranique. Ahmed Issack Assan proposait encore d'augmenter le nombre total de Kadhis de dix-sept à au moins trente, de manière à ce que toutes les zones où vivent des musulmans bénéficient de la présence d'un magistrat de droit islamique. Il suggérait aussi que la juridiction des Kadhis soit élargie, pour traiter d'affaires civiles et commerciales entre parties musulmanes, sans pour autant que, pour régler ces questions, la possibilité d'aller devant un autre tribunal ne soit déniée. Il proposait ensuite que les fidèles soient consultés avant la nomination des Kadhis et du Chief Kadhi, que ce soit directement ou par l'intermédiaire de représentants. Il recommandait entre autres que les Kadhis soient assistés d'une femme, pour traiter de questions sensibles ou intimes affectant les parties de sexe féminin. Enfin, il suggérait que le droit islamique puisse être étudié dans les Universités kenyanes.

Dans le texte élaboré par la CKRC, un certain nombre de ces propositions ont été retenues. Mais quoi qu'il en soit, jamais l'opportunité de conserver ou non les institutions de droit islamique n'a été discutée. D'ailleurs, dans le questionnaire élaboré par la CKRC, aucune question ne portait sur le maintien du statut constitutionnel des juridictions de Kadhis, ce qui prouvait l'absence de doutes à ce sujet. Pourtant, quelques voix, très rares, ont demandé la suppression de ces institutions et, peu à peu, chrétiens et musulmans en sont venus à s'opposer sur la question. Par exemple, au sein de l'initiative *Ufungamano*, il était dès le départ entendu que les divers leaders religieux s'exprimeraient au nom de tous les citoyens même si, sur certains points, les représentants d'un groupe particulier pouvaient se sentir plus concernés, ce qui était le cas des musulmans au regard de la question des institutions de droit musulman et de l'application de la loi coranique. De plus, chrétiens et musulmans s'étaient entendus pour se soutenir mutuellement dans leurs requêtes particulières et, à l'origine, les chrétiens n'ont opposé aucun argument au maintien du statut constitutionnel des juridictions kadhiales. Cependant, à partir du moment où le projet de la CKRC a été adopté et la

⁵⁷⁴ Ahmed Issack Hassan avait été désigné commissaire à la CKRC en tant que ressortissant de la Province du Nord-Est, peuplée en majorité de musulmans somalis. Entretien réalisé à Nairobi, le 3 février 2006.

Conférence Nationale Constitutionnelle convoquée pour en discuter, des voix ont commencé à s'élever contre la présence de tribunaux de Kadhis dans la Loi fondamentale.

II- Compétition interconfessionnelle et affirmation identitaire. Le statut controversé des juridictions kadhiales dans la Constitution.

Ainsi que l'ont démontré les opinions collectées lors du travail de la CKRC, et malgré le sentiment de marginalisation souvent exprimé, les musulmans, à travers leur participation aux travaux constitutionnels, ont témoigné de leur volonté d'être considérés comme citoyens kenyans à part entière. Libres de professer leur foi, les fidèles ne se situent pas tant dans une logique de contestation de l'État-Nation, mais souhaitent plutôt que leur religion soit mieux reconnue dans le domaine public et qu'ils puissent l'assumer et la pratiquer librement. La situation des musulmans kenyans n'apparaît pas très différente de celle des fidèles d'autres pays où ils ne constituent qu'une minorité numérique. Ayant à se situer dans un État largement imprégné par les valeurs chrétiennes, leur sentiment identitaire se manifeste par des doléances relatives à leur accès limité au pouvoir, à l'autorité ou à l'éducation. Or, dans l'esprit de la majorité des individus, toute forme d'auto affirmation islamique est suspectée d'avoir partie liée avec l'islamisme politique⁵⁷⁵. Déjà, par exemple, au moment de la formation de l'IPK, les craintes face au fondamentalisme islamique international avaient contribué à l'interdiction du parti politique, même si son objectif n'était pas d'instaurer un État islamique et si, officiellement, d'autres motifs avaient été invoqués pour justifier sa condamnation⁵⁷⁶. Les débats relatifs aux juridictions de Kadhis doivent aussi être replacés dans le contexte international contemporain, dans le sens où ils témoignent d'une certaine confusion entre les revendications de respect du droit islamique et le phénomène d'islamisation politique ou, comme l'a souligné le professeur Mohamed Hyder, des inquiétudes contemporaines de l'Occident à l'encontre de l'islam⁵⁷⁷.

Chez les fidèles, il existe un « *sentiment profond de distinction d'être musulman* »⁵⁷⁸, reposant sur l'idée que l'islam fournit un code de vie parfait et supérieur ou bien encore sur le

⁵⁷⁵ KHOSROKHAVAR, F., « L'universel abstrait, le politique et la construction de l'islamisme comme forme d'altérité », in WIEVIORKA, M. (dir.), 1996, *op. cit.*, p. 143.

⁵⁷⁶ CRUISE O'BRIEN, D., « Coping with the Christians. The Muslim Predicament in Kenya », in HANSEN, H.B. et TWADDLE, M., 1995, *op. cit.*, p. 213.

⁵⁷⁷ Entretien avec Mohammed Hyder, Mombasa, le 16 janvier 2006.

⁵⁷⁸ SHAIKH, F., 1989, *op. cit.*, p. 230.

sentiment de fraternité et de solidarité entre les croyants. Le respect des juridictions kadhiales participe donc, aux yeux des fidèles, de leur mode de vie et leur permet de se conformer à la Loi de Dieu, considérée comme transcendant les lois humaines. Tout au long de la controverse relative à l'inclusion des juridictions de droit coranique dans la Constitution, les principaux groupes opposés à cette disposition ont développé l'argument selon lequel les musulmans, à travers les demandes de protection de leurs institutions, cherchaient en réalité à imposer leur religion. Dans une certaine mesure, la thématique des juridictions de Kadhis a révélé les limites du dialogue interconfessionnel, l'Afrique orientale constituant encore une zone où les deux grandes fois universelles se livrent à une « compétition » pour la conquête de nouveaux fidèles. Les débats constitutionnels concernant les juridictions de droit musulman ont d'ailleurs contribué à une dégradation sensible des relations inter-religieuses, l'évolution des discussions se traduisant par une radicalisation progressive des positions, conduisant à l'échec de l'Initiative *Ufungamano* et faisant craindre l'éventualité de violences interconfessionnelles. Toutefois, le phénomène ne paraît pas durable et si ces tensions reflètent de la part des musulmans le sentiment de constituer une minorité dans un environnement en majorité chrétien, les relations entre les deux monothéismes demeurent pacifiques au Kenya. En réalité, la vigueur de la mobilisation des musulmans pour leurs institutions exprime plus un comportement défensif, la protection des valeurs islamiques, touchant au plus profond de l'identité religieuse, étant symbolique pour des groupes qui se prétendent « marginalisés », paraissant extrêmement mobilisatrice et recevant le soutien de l'ensemble de la « communauté », par-delà les clivages ethniques ou sociaux.

Les manifestations contemporaines de l'islam dans l'espace public concernent souvent la critique de la déliquescence des mœurs et de la trop grande imitation de l'Occident, voire des appels en faveur de l'instauration de la Charia. Cependant, même si ces revendications peuvent se révéler difficiles à gérer pour un État qui se veut séculier, elles ne portent pas de contre-projet cohérent d'État islamique. Pourtant, ces comportements revêtent une dimension politique indéniable car ils se posent en contradiction avec l'ordre établi. Mais, et pour ne s'appuyer que sur cet exemple, la défense des juridictions de droit musulman et le respect de la Charia sont aussi considérés comme indispensables à la préservation de l'identité de l'*Umma*, de ses valeurs et de son intégrité. Elle revêt donc un aspect symbolique non négligeable. Aussi, les tribunaux de Kadhis définissant le système juridique de la communauté musulmane en termes religieux, rassemblent des fidèles d'orientations idéologiques variées sur la base de leur identité islamique et pour le respect des principes

juridiques d'ordre divin. Dans le cadre des débats constitutionnels et au-delà de la controverse, les questionnements relatifs aux tribunaux de Kadhis ont donc soulevé le problème de la relation entre la religion, l'État, le droit, le constitutionnalisme, mais aussi, de manière plus symbolique, de la définition d'une communauté islamique, supposée ou réelle, comme une entité juridique distincte.

1) La mise en question des tribunaux de Kadhis au nom du respect de l'égalité religieuse.

A.B.K. Kasozi, dans un article consacré à l'apport des chrétiens et des musulmans dans la formulation des politiques publiques au Kenya, en Tanzanie et en Ouganda, considère qu'en Afrique orientale, les relations entre les fidèles des deux grands monothéismes ont été historiquement plutôt conflictuelles⁵⁷⁹. D'après lui, la compétition était non seulement religieuse, liée à la conquête de nouveaux adeptes, mais aussi politique et raciale, parce que les deux confessions représentaient des systèmes culturels et politiques différents et qu'elles étaient plus ou moins associées à des ethnies distinctes. A.B.K Kasozi explique que, du point de vue politique, la tension reposait sur le fait que les officiers coloniaux, et plus tard les leaders africains, étant chrétiens, ils souhaitaient construire des sociétés basées sur les principes de leur foi. Or, les populations musulmanes, dont les valeurs étaient différentes, tentèrent d'influencer le système politique, de manière à ce que certains préceptes islamiques soient reconnus par les lois nationales.

Aujourd'hui, chrétiens et musulmans cohabitent en paix et il paraît d'autant plus surprenant qu'ils se soient opposés aussi radicalement sur la question des juridictions de droit coranique⁵⁸⁰. Pour certains chrétiens, la reconnaissance des tribunaux de Kadhis dans la Loi fondamentale représente une discrimination sur des bases religieuses et, lors des débats

⁵⁷⁹ KASOZI, A.B.K., « Christian-Muslim Inputs into Public Policy Formation in Kenya, Tanzania and Uganda », in HANSEN, H.B. et TWADDLE, M., 1995, *op. cit.*, p. 223.

⁵⁸⁰ Des tensions se manifestent, certes de façon sporadique. Les plus dramatiques se sont déroulées en novembre 2000, lorsqu'une mosquée, puis une église catholique ont été successivement incendiées dans le quartier de *South B*, à Nairobi. Le conflit a débuté lorsque certains musulmans ont tenté d'installer une clôture autour d'une portion de terrain qu'ils possédaient et qui jouxtait leur mosquée. Ce faisant, ils avaient recommandé aux petits commerçants qui avaient construit leurs kiosques dans la même zone de quitter ce lieu. Ces derniers avaient alors protesté, au motif que le terrain leur avait été officiellement alloué. Une foule de petits commerçants et d'habitants du bidonville voisin avaient ensuite envahi la mosquée et y avaient mis le feu le 30 novembre. Mais dans une déclaration commune émise le 1^{er} décembre, les leaders religieux d'*Ufungamano* avaient exprimé leur crainte que ces violences n'aient été fomentées au plus haut niveau de l'État, dans le but de créer des tensions entre les communautés religieuses et d'éloigner de l'esprit des Kenyans la question constitutionnelle. En représailles, quelques jours plus tard, une foule de jeunes musulmans avait mis le feu à l'église *Our Lady Queen of Peace*, située dans le même quartier.

constitutionnels, des groupes évangéliques, en particulier, se sont opposés aux juridictions de droit coranique, au motif que leur inclusion dans la Constitution accorderait une position préférentielle à l'islam par rapport aux autres religions. Certes, ces institutions constituent un élément unique du système judiciaire kenyan, mais le droit islamique en matière de statut personnel ne fait que partie d'une législation plurielle en matière de mariage, de divorce et d'héritage. En d'autres termes, la reconnaissance de cette pluralité juridique représente un moyen d'articuler l'acceptation de la diversité sociale et l'unicité du système législatif.

Au-delà de la controverse, les tribunaux de Kadhis, jusqu'alors peu connus, ont suscité un grand intérêt, notamment dans les cercles de la profession juridique. En mai 2002, par exemple, un groupe de juristes du Commonwealth a remis à la CKRC un rapport, dans lequel ces experts concluaient :

« Nous ne recommandons pas de changement aux dispositions constitutionnelles actuelles concernant les tribunaux de Kadhis. Nous conseillons, cependant, que considération soit donnée à la nomination de juges à la Haute Cour, qui seraient compétents en Droit musulman »⁵⁸¹

Dans un autre projet, rédigé conjointement par la *Law Society of Kenya*, la *Kenya Human Rights Commission* et la branche kenyane de l'*International Commission of Jurists* (ICJ), un article était également consacré aux institutions de droit musulman. Il y était suggéré que la nouvelle Constitution reprenne plus ou moins les dispositions du texte de 1963, mais que le Chief Kadhi soit nommé par la *Judicial Service Commission*, après consultation de groupes musulmans et approbation par les deux-tiers des membres du Parlement⁵⁸². Pourtant, à l'origine, l'ICJ avait proposé de ne pas maintenir dans la Constitution les dispositions relatives aux juridictions kadhiales, mais plutôt de les inclure dans le *Judicature Act* ou tout autre texte de loi, de manière à ne pas provoquer de controverse⁵⁸³. Les groupes musulmans et les Kadhis, devant l'ampleur de la condamnation de leurs institutions et après avoir espéré une

⁵⁸¹ « We recommend no change to the current constitutional provisions regarding the Kadhis' Courts. We recommend, however, that consideration be given to the appointment of judges to the High Court who are proficient in Muslim Law ». *The Kenya Judiciary in the New Constitution. Report of the Advisory Panel of Eminent Commonwealth Judicial Experts*, Nairobi, Kenya, May, 2002, p. 35.

⁵⁸² Kenya Tuitakayo, « The Kenya we want ». *Proposal for a Model Constitution, jointly produced by: Law Society of Kenya, Kenya Human Rights Commission and International Commission of Jurists (Kenya Section)*, p. 368.

⁵⁸³ *The Kenyan Section of the International Commission of Jurists. Concept Paper. Civil Society Constitutional Conference on the Kadhis Courts Proposed in the Draft Bill of the Constitution of Kenya. Judiciary Programme*. Mars 2003.

amélioration sensible des fonctions et de la structure de leurs tribunaux, se sont prononcés en faveur du maintien du statu quo.

a. L'évolution du statut des juridictions kadhiales dans les différentes propositions de Constitution : de leur amélioration à la recherche d'un compromis.

Depuis l'établissement de la Constitution du Kenya indépendant, le statut constitutionnel et l'existence même des juridictions de droit musulman n'avaient jamais été contestés. Pourtant, lors des débats constitutionnels, cela a constitué l'un des thèmes les plus discutés. Dans un premier temps, lors des auditions menées par l'équipe de la CKRC, les tribunaux de Kadhis n'ont pas été l'objet de la moindre condamnation, si ce n'est de façon très marginale. Le tout premier projet adopté par la CKRC comportait de longs développements relatifs à ces institutions, la Commission ayant précisé que, lors de ses auditions, les avis sur cette question émanaient pour l'essentiel des communautés islamiques⁵⁸⁴. Un certain nombre de musulmans s'étaient alors plaints du peu de respect et de reconnaissance donné à ces tribunaux, ainsi que de leur mauvaise intégration au système judiciaire national et de leur structure peu élaborée. Ils avaient par ailleurs dénoncé le manque de cours de justice coranique à travers le pays et la stricte limitation de leur compétence aux questions matrimoniales ou successorales. Cherchant à concilier les principes de l'unité nationale et de la diversité religieuse, la CKRC s'est montrée très ouverte en la matière et n'a pas hésité à proposer une amélioration sensible du statut et de la compétence des institutions de droit musulman. Dans son rapport, pas moins de quatre articles (199 à 202) étaient d'ailleurs consacrés à ces tribunaux. D'après Willy Mutunga, les commissaires musulmans avaient probablement anticipé les réticences qu'auraient les chrétiens au regard des institutions de droit coranique, c'est pourquoi leurs propositions allaient très loin, de manière à ce qu'au moins le statu quo soit maintenu en cas d'opposition⁵⁸⁵.

Le premier texte de la CKRC prévoyait, par exemple, qu'au moins trente juges musulmans soient nommés à travers le pays et qu'ils exercent leur juridiction sur les litiges classiques de droit personnel, mais également sur d'autres affaires civiles et commerciales mineures entre musulmans, ainsi que sur la gestion des *Wakf*. Le texte envisageait encore une

⁵⁸⁴ *The People's Choice. The Report of the Constitution of Kenya Review Commission. Short Version*. Dated, Sealed and Issued by the Constitution of Kenya Review Commission in Mombasa, on Wednesday the 18th day of September 2002, p. 73.

⁵⁸⁵ Entretien réalisé à Nairobi, le 8 décembre 2005.

procédure d'appel particulière, avec une organisation selon une hiérarchie croissante entre des tribunaux de Kadhis de district, des tribunaux de Kadhis de province et une cour d'appel des Kadhis, à la tête de laquelle siégerait le Chief Kadhi, assisté de deux autres juges musulmans. Outre ces dispositions consacrées spécifiquement aux juridictions de droit coranique, l'article 204 prévoyait que le Chief Kadhi et une femme de religion islamique devraient faire partie de la *Judicial Service Commission*. Les membres de la CKRC s'étaient donc accordés sur l'importance des tribunaux de Kadhis pour les musulmans, et en particulier pour les femmes, mettant en avant la manière dont ces dernières trouvent dans ces institutions une arène où elles « *ont réussi à lutter pour la protection et l'application de leurs droits, ainsi que garantis par le droit islamique* »⁵⁸⁶. Pourtant, dans le courant de l'année 2003, au moment où la CKRC a transmis son rapport à la Conférence Nationale Constitutionnelle, certains délégués ont commencé à contester le bien-fondé de l'inclusion de ces institutions dans le projet de Constitution. La controverse s'est jouée pour l'essentiel entre leaders religieux, dans la mesure où les fidèles de base n'ont pas directement participé aux discussions. D'ailleurs, divers entretiens informels avec des fidèles chrétiens ont révélé qu'une large majorité d'entre eux n'avaient pas de réticence quant à la mention des tribunaux musulmans dans la Loi Fondamentale.

Durant la NCC, les juridictions de Kadhis ont fait l'objet d'échanges dans le cadre des débats plus généraux relatifs au Chapitre 9 du rapport de la CKRC, concernant la fonction judiciaire. Des opinions très variées se sont alors exprimées, contribuant à alimenter la polémique naissante et témoignant du caractère très sensible, voire émotionnel et passionné de la question. Certains délégués musulmans ont même menacé de quitter les réunions si leurs tribunaux n'étaient pas maintenus dans la Loi fondamentale. Il est d'ailleurs intéressant de relever un certain nombre de déclarations, qu'elles aient émané de délégués musulmans ou chrétiens. Elles révèlent, en effet, les principaux arguments qui ont été invoqués pour défendre ou, au contraire, condamner les juridictions de droit coranique. Par exemple, lors de la session du 22 septembre 2003, la déléguée Lilian Wanjira a assez bien résumé la position en faveur de ces institutions, lorsqu'elle a expliqué :

« Puis-je commencer par dire que le maintien des tribunaux de Kadhis dans la Constitution était le souhait du peuple et ceci apparaît dans les rapports de la Commission ? Maintenant, certains ont dit que conserver les tribunaux de Kadhis

⁵⁸⁶ « ...have succeeded in fighting for protection and enforcement of their rights as guaranteed under Islamic Law », *Katiba News*, Janvier 2003, p. 9.

constitue un moyen d'introduire la religion islamique dans la Constitution, mais je ne pense pas que cela soit vrai. Les tribunaux de Kadhis ne sont pas un lieu où sont pratiquées les questions musulmanes, mais il a été expliqué précédemment que les tribunaux de Kadhi sont des endroits où les musulmans se rendent pour avoir leurs affaires jugées et les litiges qui sont tranchés sont uniquement liés au droit personnel, c'est-à-dire au mariage, au divorce et à l'héritage. Il n'est pas correct de dire que c'est un lieu où la religion islamique est pratiquée et, d'ailleurs, j'ai parlé avec des femmes musulmanes afin de mieux comprendre quel est réellement le problème et ce que j'ai retenu, c'est que les femmes musulmanes ont beaucoup à gagner lorsqu'elles se rendent auprès du tribunal de Kadhi, parce que c'est là où elles vont chercher protection lorsqu'elles rencontrent des problèmes de droit personnel. Donc si nous supprimions les tribunaux de Kadhis, les personnes qui souffriraient le plus seraient les femmes musulmanes et j'estime qu'il serait vraiment injuste de supprimer les tribunaux de Kadhis de la Constitution (...). Je pense qu'il serait très, très injuste d'abroger une protection constitutionnelle qui a été là durant toutes ces années, personnellement, je serais très inquiète si une protection constitutionnelle qui m'avait été donnée se trouvait subitement supprimée et reléguée aux souhaits du Parlement (...). Nous devons respecter leur croyance et nous devons réaliser que les tribunaux de Kadhis ne représentent pas un moyen d'introduire le droit de la Charia, parce qu'ils traitent seulement du droit personnel »⁵⁸⁷

Cette déléguée étant de religion chrétienne, cela signifie que la controverse ne recoupait qu'en partie la distinction entre chrétiens et musulmans. D'ailleurs, lors de la Conférence Nationale, la condamnation des juridictions de droit musulman constituait encore une opinion minoritaire. En effet, les musulmans ont bénéficié du soutien de nombreux délégués d'autres confessions, chrétiens ou hindous, qui ont cherché à relativiser et ont appelé leurs coreligionnaires à la tolérance et à la compassion. Par exemple, la déléguée Cecily Mbarire, a tenté d'expliquer comment elle comprenait l'importance de ces institutions pour les musulmans :

⁵⁸⁷ « May I start by saying that the retention of the Kadhis' courts in the Constitution was the wish of the people and that is reflected in the reports of the Commission? Now it has been said that retaining the Kadhis' Courts is a way of having the Islamic Religion in the Constitution but I do not think that it is true. Kadhis' Courts are places where Muslims go to have their matters adjudicated upon and the matters that are adjudicated upon are only issues that relate to personal law that is issues to do with marriage, divorce and inheritance. It is not correct to say that it is a place where the Muslim religion is practiced and really I must say that I have been speaking to Muslim women with a view to having a better understanding of what the problem really is and what I have gathered is that the Muslim women have a lot to gain when they go to Kadhis' Courts because this is where to seek protection when they have problems that relates to personal law, so if we took away Kadhis' Courts the people who would really bare the cross is Muslim women and I think it would really be unfair to have the Kadhis' Courts removed from the Constitution (...). I think it would be very, very unjust if we removed the Constitutional safeguard that has been there for all these years, I myself personally would be very apprehensive if a Constitutional safeguard that had been given to me was suddenly removed and delegated to the wishes of parliament (...). We must respect their belief and must realize that having Kadhis' Courts is also not a way of introducing Sheria Law because this is personal law ». Propos de la déléguée Lilian Wanjira, Constitution of Kenya Review Commission (CKRC), National Constitutional Conference (NCC), Verbatim Report of Technical Working Committee Group "E" (TWC "E"), Chapter 9, on Judiciary, Held in Tent No. 5, Bomas of Kenya on 22.09.03, pp. 19-20.

« Je souhaiterais faire appel à nos délégués chrétiens, lorsque je regarde l'article 223, ce que nous offrons en réalité à nos frères et sœurs musulmans, c'est un droit qui prendra soin de leurs problèmes concernant le statut personnel, le mariage et le divorce. Maintenant, c'est ce que nous avons dans l'actuelle Constitution et cela n'a jamais fait de mal à personne. (*applaudissements*). Ceci cherche seulement à prendre soin de frères et sœurs musulmans, parce que le Coran est très clair sur toutes les questions de statut personnel. Il est très clair sur les questions d'héritage, de divorce et de mariage. Et j'ai discuté avec des sœurs musulmanes, et elles m'ont dit qu'il y est pris soin de leurs droits correctement. Et je fais appel à nous (...), donnons cela à nos sœurs et frères musulmans, de façon à ce qu'ils se sentent rassurés »⁵⁸⁸

Si les délégués hindous se sont montrés plus discrets lors des débats, leur position était néanmoins ouverte, à l'image des propos du délégué Kamla Sikand, exprimant une opinion très tolérante envers les institutions kadhiales et témoignant de la tendance générale de cette communauté à se tenir à l'écart des polémiques :

« Je ne peux pas comprendre, l'auteur de la motion souhaite supprimer le mot tribunal de Kadhi et insérer le mot tribunal religieux, quelle est la différence ? Je suis d'accord avec l'honorable M. Muite pour dire que la religion constitue une question très, très sensible et comment est-ce que nos sœurs et frères musulmans se sentiraient-ils si nous leur arrachions quelque chose dont ils ont joui pendant quarante ans. (*Applaudissements*). Il s'agit d'une question très, très personnelle, cela n'affecte ni moi, ni vous, ni personne, mais cela affecte nos frères et sœurs musulmans »⁵⁸⁹

Pourtant, c'est aussi lors de la Conférence Nationale Constitutionnelle que les premières condamnations se sont élevées, certains délégués, tels que David Odinge, de l'Église pentecôtiste du Kenya, tenant même des propos très virulents. Ce dernier a ainsi déclaré lors de la session du 11 mars 2004 :

⁵⁸⁸ « *I wish to appeal to our Christian Delegates, that when I look at Article 223, what in effect we are providing for our Muslim brothers and sisters is law that will take care of their issues concerning personal status, marriage and divorce. Now, that is what we have been having in the current Constitution, and it has not hurt anybody. (Clapping). This only seeks to take care of our Muslim brothers and sisters because the Koran is very clear on matters concerning personal issues. It is very clear on matters of inheritance, divorce and marriage. And I have spoken with Muslim sisters, and they have told me, their rights are properly taken care of there. And I appeal to us (...), let us provide these to our Muslim sisters and brothers, so that they are comfortable* ». Propos de la déléguée Cecily Mbarire, Constitution of Kenya Review Commission (CKRC), National Constitution Conference (NCC), *Verbatim Report of Plenary Proceedings, Held in the Plenary Hall, Bomas of Kenya on 11th of March 2004*, pp. 16-17.

⁵⁸⁹ « *I cannot understand, the Mover wants to remove the word Kadhis' Court and insert the word Religious Court, what is the difference? I agree with my Honourable Mr. Muite that religion is a very, very sensitive issue and how would our Muslim sisters and brothers feel, something they have enjoyed for forty years, we snatch it away from them. (Clapping). This is a very, very personal issue it does not affect me, you or anybody, but it does affect our true Muslim brothers and sisters* ». Propos du délégué Kamla Sikand, Constitution of Kenya Review Commission (CKRC), National Constitution Conference (NCC), *Verbatim Report of Plenary Proceedings, Held in the Plenary Hall, Bomas of Kenya on 11th of March 2004*, p. 17.

« Nous voyons par exemple que certaines personnes ont affirmé que les tribunaux de Kadhis ne sont pas des tribunaux religieux. Il n'y a rien de plus religieux que les tribunaux de Kadhis, parce que le juge qui siège dans ces institutions doit être un musulman, il s'agit d'une position religieuse. Les personnes qui se présentent devant ces juridictions appartiennent à une confession particulière. Les lois qui s'appliquent sont des lois religieuses. En conséquence, ce sont des institutions religieuses relevant d'une foi particulière. Nous nous sommes demandé pourquoi elles ont été incluses dans la Constitution. Il nous a été répondu qu'il s'agit du droit de ce groupe particulier, en tant que groupe minoritaire. Notre question alors a été : est-ce que l'islam est le seul groupe minoritaire ayant besoin de ce genre de protection ? Il nous a été dit que ces tribunaux ont été introduits dans la Constitution il y a environ quarante ans, pour servir les intérêts des sujets du Sultan de Zanzibar. Ma question est : avons-nous toujours des sujets du Sultan de Zanzibar dans ce pays ? Ne sommes nous pas tous des Kenyans appartenant à une seule Nation ? »⁵⁹⁰

C'est encore lors des débats de la Conférence Nationale Constitutionnelle que certains chrétiens ont commencé à demander le remplacement des dispositions relatives aux juridictions de Kadhis par un article qui établirait des « tribunaux religieux », non seulement pour répondre aux besoins des musulmans, mais également pour les individus appartenant aux autres confessions⁵⁹¹. Là encore la question n'a toutefois été soulevée que par une minorité de participants, alors que la plupart d'entre eux s'exprimaient en faveur du maintien de dispositions faisant uniquement référence à des institutions de droit coranique. Comme l'a souligné la déléguée Alice Yano :

« Nous nous sommes déplacés dans l'ensemble du pays pour collecter les vues des *Wananchi*. Ce que les *Wananchi* –en particulier les frères et sœurs musulmans- nous ont dit était qu'ils voulaient les tribunaux de Kadhis. Lorsque nous avons parlé avec nos frères et sœurs chrétiens et avec les Hindous, nous n'avons jamais entendu aucun d'eux demander (*Applaudissements*) un tribunal qui leur serait propre. C'est pourquoi, lorsque nous avons donné nos opinions, elles concernaient les tribunaux de Kadhis des frères musulmans, et aucun autre tribunal pour les autres confessions »⁵⁹²

⁵⁹⁰ « We find for example some people have argued that the Kadhi's Courts are not religious courts. There is nothing more religious than the Kadhi's Courts, because the Judge to sit in these Courts must be a Muslim that is a religious position. The people appearing before these courts are of a particular faith. The laws to be applied are religious laws. Therefore these are religious institutions of one particular faith. We have wondered why they have been included in the Constitution. We have been told that it is the right of this particular group, as a minority group. Our question has been, is Islam the only minority group requiring this kind of protection? We have been told that these courts were enshrined in the Constitution about forty years ago, to serve the rights of the subjects of the Sultan of Zanzibar. My question is, do we still have subjects of the Sultan of Zanzibar in this nation? Are we not all Kenyans belonging to one Nation? » Propos du délégué David Oginde. *Ibid.*, p. 12.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² « We went round the country collecting views from wananchi. What we heard wananchi say was – especially the Muslims brothers and sisters was that they wanted the Kadhis' Court. When we went to our Christian brothers and sisters and to the Hindus, we never heard any of those denominations asking for (clapping) a Court of their own. That is why when we brought our views, we brought our views with the Kadhis' Court from the Muslims brothers, but with no other Courts from the other denominations ». Propos de la déléguée Alice Yano, *Ibid.*, p. 19.

Parallèlement, les plaidoyers les plus fervents en faveur des juridictions de droit coranique ont été présentés par les délégués musulmans, qui se sont surtout attachés à faire comprendre l'importance de leurs tribunaux et à expliquer que leurs institutions ne devaient pas être considérées comme une source de problèmes. Lors de la même session du 11 mars 2004, le délégué Billow Kerow, a ainsi déclaré :

« Notre appel aux frères musulmans et non musulmans dans cette Conférence est que les tribunaux de Kadhi sont ici depuis quarante ans. Il s'agit d'une disposition juridique dont nous parlons, il ne s'agit pas d'une prière ou d'une mosquée (...). Nos frères musulmans demandent simplement une disposition qui existe depuis quarante ans, qui leur permet de traiter de leurs questions de mariage et de divorce et qui n'enlève, ni n'apporte rien aux frères chrétiens. Deuxièmement, M. le Président, lorsque les opinions furent collectées, il n'y a personne, personne, et je défie l'auteur de la motion, qui avait demandé que les tribunaux de Kadhi soient supprimés. Et il y avait également l'opportunité pour les frères des autres confessions d'exprimer leurs idées s'ils souhaitaient avoir leurs propres tribunaux religieux. Nous ne nous y sommes pas opposés. Mais je pense que, étant donné que les musulmans ont demandé les tribunaux de Kadhis, ce serait un tort si maintenant nos frères de l'Église disaient que les musulmans ne devraient pas y avoir droit »⁵⁹³

Dans tous les cas, lors des discussions de la NCC, peu de voix se sont élevées contre le maintien des dispositions constitutionnelles relatives aux institutions de droit coranique et les deux thèses principales qui se sont alors dégagées sur ce thème penchaient soit en faveur du maintien pur et simple de leur statut constitutionnel, sans que leurs attributions ne soient modifiées, soit en faveur d'une amélioration de leur position et de leurs fonctions. En conséquence, à l'issue de cette conférence, le projet Bomas a été voté à une large majorité, n'étant rejeté que par huit personnes. Le texte ainsi adopté maintenait le statu quo en ce qui concerne les tribunaux de Kadhis, reprenant plus ou moins les dispositions de la Constitution de 1963 et ne comportant plus que deux articles très brefs en la matière. Dans un souci de compromis, toutes les innovations proposées par la CKRC avaient été supprimées, et le texte précisait simplement que la compétence des Kadhis s'étendait aux questions de mariage, de

⁵⁹³ « *Our appeal to the Muslim and non Muslim Brothers in this Conference, is that the Kadhis' Courts have been there for forty years. It is a legal provision that we are talking about, it is not a prayer, it is not a mosque (...). Our Muslim brothers are simply asking for a provision that has been there in the last forty years, that allows them to address their matters on marriage and divorce and does not take away from the Christian brothers, and does not add anything. Number two, Mr. Chairman, when views were collected, there was nobody, nobody and I challenge the Mover, who gave views to the effect that Kadhis' Courts be done away with. And there was also an opportunity by the religious brothers of the other faiths, to give their views if they wanted their religious courts, to be here. We did not oppose. But I think because of the fact Muslims have asked for Kadhis' Courts, it would be wrong, if our brothers from the Church now say that Muslims should not be allowed. And I think we have a right as Muslims also to put our requests, and that is what we did when the views were collected* ». Propos du délégué Billow Adan Kerow, *Ibid.*, pp. 15-16.

divorce et d'héritage, ainsi qu'aux autres problèmes en découlant⁵⁹⁴. Pour les délégués, il avait, en effet, été essentiel de chercher à concilier les opinions divergentes, car le Kenya constituant une société très diversifiée, l'unité nationale aurait pu à tout moment être menacée dès lors qu'une population particulière se serait sentie victimisée ou mal reconnue. Cependant, après la clôture des conférences de Bomas, l'arène politique s'est divisée, en particulier au sujet des différents points considérés comme litigieux, parmi lesquels figuraient les tribunaux de Kadhis⁵⁹⁵. Un Comité Parlementaire Restreint a alors été chargé de réfléchir aux moyens de parvenir à un accord sur ces questions et, dans ses recommandations, il s'est prononcé pour le maintien du statut constitutionnel des juridictions de droit islamique, à condition cependant que ces dispositions ne contredisent pas le reste de la Loi Fondamentale.

b. Les positions de la Kenya Church et la controverse relative aux juridictions kadhiales à l'origine de l'échec du dialogue interconfessionnel.

Sultana Fadhil, avocate de confession islamique qui a participé aux travaux de la Conférence Nationale Constitutionnelle, a expliqué lors d'un entretien que le thème des tribunaux de Kadhis n'a pas été porté sur le devant de la scène par les musulmans, mais par les chrétiens, qui se sont opposés à l'inclusion de ces institutions dans le texte constitutionnel⁵⁹⁶. Au départ pourtant, les différents leaders religieux réunis dans le cadre d'*Ufungamano* ne semblaient pas hostiles au maintien des dispositions relatives aux juridictions de droit coranique et tous, à de rares exceptions, ont paru au contraire décidés à soutenir les musulmans dans leurs revendications pour une amélioration du statut de ces institutions. La plupart des membres de l'Initiative, ayant longuement étudié la Constitution, ne voyaient pas en quoi la mention de ces juridictions dans la Loi Fondamentale aurait pu affecter l'avenir du pays de manière négative. Cependant, les Églises évangéliques, demeurées en dehors de l'Initiative à ses origines, ont peu à peu entamé une vaste campagne, en particulier au travers de la presse quotidienne nationale, au cours de laquelle elles ont avancé que le maintien des tribunaux de Kadhis dans la Constitution constituerait un danger pour le Kenya. La fronde menée contre les institutions de droit musulman a donc été dirigée

⁵⁹⁴ L'article 199 du projet Bomas stipulait : « *The Kadhis' Court shall be a subordinate court with jurisdiction to determine questions of Islamic law relating to personal status, marriage, divorce and matters consequential to divorce, inheritance and succession in proceedings in which all the parties profess the Islamic faith* ».

⁵⁹⁵ Un certain nombre de questions ont été identifiées comme contentieuses par le Gouvernement. Parmi elles figuraient la création d'un poste de Premier Ministre, la définition d'un âge limite pour le poste de Président, le système judiciaire, la discrimination positive, la dévolution de pouvoir, la citoyenneté.

⁵⁹⁶ Entretien réalisé à Mombasa, le 12 janvier 2006.

par un petit groupe d'Églises évangéliques, réunies dans le cadre de ce qu'elles ont appelé la *Kenya Church*⁵⁹⁷. Ces Églises protestantes se sont développées au Kenya à partir des années 1910 et certaines, telles que l'*African Inland Church*, dont l'ancien Président Daniel arap Moi était l'un des membres les plus éminents, l'Église Pentecôtiste du Kenya ou les Adventistes du Septième Jour, sont implantées de longue date. Mais, à partir des années 1990, une multitude d'Églises indépendantes se sont créées, construisant de nombreux édifices religieux dans les nouveaux quartiers résidentiels des principales villes du pays. Afin de recruter de nouveaux fidèles, leurs prêcheurs organisent souvent de vastes séances de prière à ciel ouvert, près des centres commerciaux, à la proximité des marchés ou dans les parcs municipaux. Ces groupes expriment parfois des opinions très radicales sur diverses questions de société, en particulier sur les thèmes de la famille, de l'éducation religieuse, de l'avortement, de la contraception ou du SIDA. Au Kenya, ils sont très nombreux, se livrant même à une certaine compétition interne. Lors des débats constitutionnels, ces diverses congrégations, anciennes ou plus récentes, se sont réunies dans le cadre de la *Kenya Church*, un conglomerat de près d'une quarantaine d'Églises protestantes et évangéliques. Ce collectif s'est mobilisé et s'est fait connaître au Kenya, à travers la thématique des tribunaux de Kadhi, par des positions très radicales contre l'islam. Produit direct du processus de révision de la Loi Fondamentale et de l'opposition à l'octroi d'un statut constitutionnel aux juridictions kadhiales, la *Kenya Church* ne serait, en effet, probablement pas née si les diverses Églises qui la composent ne s'étaient pas unies dans leur fronde contre les institutions de droit coranique. Comme l'a reconnu son ancien Président, Jesse Kamau, la coalition a vu le jour avant tout en raison de la réforme constitutionnelle et pour lutter contre certaines dispositions auxquelles s'opposaient ses membres⁵⁹⁸.

De même, la thématique des juridictions islamiques a indirectement été portée sur le devant de la scène par la vaste campagne de la *Kenya Church*. Avant que le groupe ne soulève ce problème, une grande majorité de la population non musulmane n'avait, d'ailleurs, pas conscience de l'existence d'institutions en charge d'appliquer le droit coranique dans le

⁵⁹⁷ La *Kenya Church* est une coalition d'Églises protestantes et évangéliques, réunies notamment autour de l'idée de lutter contre l'inclusion de toute référence aux tribunaux de Kadhi, à l'avortement ou à l'homosexualité dans le futur projet de Constitution. Ses principaux membres étaient la *Deliverance Church*, la *Kenya Assemblies of God*, l'Église Méthodiste, la *Gospel Assemblies of God*, *Christ is the Answer*, l'*Eternal Life Church*, le *Full Square Gospel*, la *Good Shepherd Church*, la *Gospel Evangelistic Church*, la *Gospel Lighthouse*, le *Green Pastures Tabernacle*, *Living Waters*, le *Neno Evangelism Centre*, *Oasis of Love*, la *Pentecostal Church of East Africa*, la *Redeemend Gospel Church*, etc. Les catholiques et les anglicans, majoritaires au Kenya, n'en font pas partie. Entretien avec Jesse Kamau, ancien Président de la *Kenya Church*, Nairobi, le 5 juillet 2007

⁵⁹⁸ Entretien réalisé à Nairobi, le 5 juillet 2007.

domaine du statut personnel. Mais, peu à peu, la propagande des Églises évangéliques a produit ses effets, conduisant la plupart des leaders chrétiens à les rejoindre dans leur condamnation des institutions musulmanes⁵⁹⁹. Dans le même temps, la tension et la peur ont commencé à gagner certains membres d'*Ufungamano*, c'est pourquoi l'organisation de promotion du dialogue interconfessionnel et de résolution non-violente des conflits *Chemi Chemi Ya Ukweli* a tenté une médiation entre tous les groupes religieux, proposant d'organiser une réunion à laquelle serait conviée la *Kenya Church*. Cependant, avant même la tenue de ce rassemblement, le *National Council of Churches of Kenya* a fait publier une lettre ouverte dans la presse, condamnant les dispositions relatives aux juridictions kadhiales dans le projet de nouvelle Constitution. Kinyanjui Kamau, membre du NCCCK, a expliqué que le groupe s'opposait à l'inclusion des tribunaux de Kadhis dans le texte, en raison de la place préférentielle que cela aurait accordé à l'islam⁶⁰⁰. Après la publication de ce communiqué dans la presse et en raison des prises de positions du Révérend Mutava Musyimi, le Président d'*Ufungamano* et de la NCCCK, contre leurs juridictions, les musulmans ont tout simplement décidé de quitter l'Initiative, ce qui s'est soldé par le retrait du SUPKEM et du MCC⁶⁰¹. Adan Wachu, le Secrétaire Général du SUPKEM, a justifié cette décision par le fait que les musulmans se sont alors sentis trahis, dans la mesure où les chrétiens avaient rompu l'accord selon lequel les représentants des deux confessions se soutiendraient pour la défense de leurs intérêts respectifs⁶⁰². Lors d'une déclaration à la mosquée Jamia, plusieurs leaders musulmans ont également légitimé leur choix en affirmant qu'*Ufungamano* avait, à leurs yeux, abandonné le principe de respect mutuel entre les religions sur lequel il était basé. Après leur retrait de l'Initiative, les musulmans se sont refusés à toute participation aux réunions ou aux travaux du groupe. Par exemple, en février 2005, le Comité de Direction d'*Ufungamano* a organisé une rencontre à laquelle il a convié le MCC, mais le Directeur Exécutif de ce dernier groupe, Abdulrahman Wandati, a répondu par un courrier dans lequel il rappelait :

« 1. Nous avons cessé d'être membres de l'initiative *Ufungamano* depuis 2003, lorsque nous l'avons quitté en protestation contre la position prise par certains membres au regard des dispositions relatives aux tribunaux de Kadhi dans la Constitution. 2. Après notre départ, *Ufungamano* est essentiellement demeuré un forum pour les Églises chrétiennes et les Hindous. 3. Nous ne sommes ni chrétiens ni hindous et n'avons donc pas été engagés au sein d'*Ufungamano* depuis l'année 2003, pas plus que nous n'avons été consultés en ce qui concerne les dernières initiatives qui

⁵⁹⁹ Entretien avec Ombok Otieno, activiste et ancien membre de l'Initiative *Ufungamano*. Nairobi, le 28 mai 2007.

⁶⁰⁰ Entretien réalisé à Nairobi, le 2 juin 2006.

⁶⁰¹ *Daily Nation*, 23/04/03, pp. 1-3 : « *Muslims quit faiths team over Kadhi row* ».

⁶⁰² Entretien avec Adan Wachu, Secrétaire Général du SUPKEM, Nairobi, le 20 avril 2006.

sont le sujet de cette lettre. 4. Nous sommes au courant que, utilisant un processus parallèle et en compétition avec le processus de Bomas, l'Initiative *Ufungamano* développa son propre projet de Constitution, qui nous pensons constituera la base de l'accord sur le processus de réforme négocié à Limuru. 5. En tant qu'organisation musulmane, nous avons pris des engagements dans le processus de Bomas et ce qu'il produit, que seul nous considérons comme légitime (...) »⁶⁰³

Après avoir représenté l'un des groupes les plus actifs au sein d'*Ufungamano*, les musulmans ont donc purement et simplement cessé leur contribution à l'Initiative, participant de fait à son échec. Le mouvement de réforme a alors souffert de la défection des musulmans car, même si en théorie *Ufungamano* existe toujours, le groupe a perdu de son originalité, mais aussi de sa légitimité et de son influence. De même, le retrait des musulmans a affaibli l'Initiative et a contribué à la reprise en main du processus par les politiques, au détriment des aspirations et de l'intérêt des *Wananchi*. Mais il est vrai que la collaboration entre chrétiens et musulmans paraissait difficilement tenable, en raison de leur opposition radicale sur le thème des juridictions de droit coranique.

L'argument principal invoqué par les opposants aux tribunaux de Kadhi reposait sur l'idée selon laquelle la mention de ces institutions dans la Loi fondamentale favorisait l'islam par rapport aux autres religions. L'opposition a atteint un tel degré que, le 24 mars 2004, plus de trente-quatre leaders chrétiens ont menacé de rejeter le projet de Constitution élaboré à Bomas si la mention des juridictions kadhiales n'en était pas supprimée. Quelques mois plus tard, en juillet 2004, les représentants de vingt-six Églises ont déposé une plainte auprès de la Haute Cour de Nairobi⁶⁰⁴, demandant le retrait des institutions de droit musulman du projet de Constitution, au motif que le Kenya est un État séculier, dont tous les citoyens doivent obéir à la même Loi. Dans leur charge, ces représentants condamnaient également l'article 66 de la Constitution de 1963 qui, d'après eux, constituait une anomalie en raison de sa contradiction avec l'article 82 de la même Loi Fondamentale, relatif au principe de non discrimination. Ils souhaitaient encore que le financement public des juridictions de droit musulman soit déclaré

⁶⁰³ « 1. We ceased to be members of Ufungamano Initiative since 2003 when we left protesting the position taken by some members in respect of provisions on the Kadhi's Courts in the Draft constitution. 2. Upon our departure, Ufungamano has largely remained a Forum for Christian Churches and Hindus. 3. We are neither Christians nor Hindus and have therefore not been involved in Ufungamano since the year 2003 nor were we consulted regarding the latest initiatives that are the subject matter of this letter. 4. We are aware that, using a process parallel and in competition to the Bomas process, Ufungamano Initiative developed an own Draft constitution which we believe will be the basis of the so-called negotiated settlement on the review process at Limuru. 5. As a Muslim Organization, we are committed to the Bomas Process and product, which alone we consider to be legitimate ». Lettre d'Abdulrahman Wandati, Directeur Exécutif du MCC à James Mageria, Coordinateur du Comité de Direction de l'Initiative *Ufungamano*, 15/02/05.

⁶⁰⁴ *Miscellaneous Application* n° 890/2004. Voir le détail dans l'annexe 16.

ségréatif, discriminatoire et injuste et que l'existence de tout tribunal religieux, quelle que soit la communauté concernée, ne puisse être intégrée au système judiciaire. Même si l'affaire n'a jamais été jugée et si elle paraît aujourd'hui abandonnée, elle témoigne de la détermination dont la coalition des Églises protestantes et évangéliques a fait preuve. Selon Judy W. Madahana, l'un des avocats représentant la *Kenya Church* dans ce dossier, leur position se justifiait tout d'abord par le fait que la légitimité même des juridictions kadhiales apparaît douteuse. D'après elle, si l'accord entre MM. Kenyatta et Shamte qui, pour les musulmans, justifiait l'existence des tribunaux de Kadhis, avait été respecté à la lettre, de telles institutions n'auraient pu exister en dehors de la Bande Côtière. En effet, les arguments des leaders chrétiens concernaient tout d'abord les origines historiques du statut constitutionnel des juridictions kadhiales. Pour eux, les garanties de l'application du droit musulman par ces institutions, résultant de l'échange de lettres entre les Premiers Ministres de Zanzibar et du Kenya en date du 5 octobre 1963, ne concernaient en réalité que la Bande Côtière et ne précisait pas que les tribunaux de Kadhis devaient figurer dans la Constitution du futur Kenya indépendant. Les chrétiens affirmaient par ailleurs que l'existence de ces institutions avait été introduite dans la Constitution dans un contexte particulier, au moment où les musulmans côtiers se sentaient menacés par la perspective du rattachement de leur région au reste du Kenya. Ils avançaient donc l'argument selon lequel la révision de la Constitution avait pour ambition de corriger, voire de supprimer, certaines dispositions qui n'apparaissaient plus nécessaires. Toujours selon leur logique, les musulmans constituaient à présent une partie intégrante de la communauté nationale, dont les droits étaient garantis, et ils n'avaient pas besoin d'une protection spécifique. Les groupes évangéliques ont encore souligné que la reconnaissance des tribunaux de Kadhis dans la Constitution pouvait contribuer à l'introduction de la charia au Kenya et à la transformation du pays en un État islamique. Un pamphlet d'information rédigé par la *Kenya Church* contre ces juridictions expliquait, par exemple, que⁶⁰⁵ :

« Tout d'abord, il demandent à ce que les tribunaux de Kadhis arbitrent les questions de droit personnel entre les musulmans. La deuxième étape est d'étendre leur juridiction pour couvrir les affaires civiles – juste comme ils l'ont fait dans le projet de Constitution, et en dernier lieu, vient la Charia »⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ Un exemplaire a pu être obtenu par l'intermédiaire de Major Patrick M. Musibi, Coordinateur de recherche, stratégie et formation de la « *Task Force* » de la *Kenya Church* sur la Réforme Constitutionnelle, rencontré à Nairobi, le 27 avril 2006.

⁶⁰⁶ « *First, they request for Kadhi's courts to arbitrate in matters of personal law between Muslims. The second stage is to extend the jurisdiction to cover civil matters – just as they had done in the Draft Constitution, and Lastly, comes Sharia* ». *Kadhi's Courts & The Islamic Agenda*.

Toujours dans le même ordre d'idée, la *Kenya Church* prétendait que les tribunaux de Kadhis constituent des juridictions religieuses, remettant en cause le principe fondamental de la séparation de l'État et de la religion. Leur argument reposait sur l'idée qu'aucune religion ne devrait figurer dans la Constitution, afin d'en assurer la neutralité. Dans un autre pamphlet d'information contre les institutions de droit coranique, la *Kenya Church* affirmait encore :

« Ce sont des tribunaux musulmans où le juge est un musulman, l'accusé est un musulman, l'accusateur est un musulman et le Coran est la loi. Vos taxes vont être utilisées pour payer le salaire du Kadhi (ce ne sera jamais une femme) et de son personnel. Le projet de Constitution dit que l'État devrait traiter toutes les religions de façon égale, cependant, il semble que l'islam soit plus égal que d'autres. Ceci contredit la Constitution »⁶⁰⁷

D'après la *Kenya Church*, les dispositions constitutionnelles relatives aux tribunaux de Kadhis s'opposaient à la Constitution de deux manières, en remettant en cause le principe de la séparation du pouvoir et de la religion et en allant à l'encontre de la règle de traitement égal de toutes les croyances. La *Kenya Church* prétendait alors qu'il n'existait qu'une seule solution pour que l'existence des juridictions de droit coranique ne contredise la Loi Fondamentale :

« Ceci nécessite la suppression de tous les articles se référant à n'importe quelle religion et leur remplacement par une clause générale établissant des tribunaux subordonnés avec une juridiction limitée aux questions de droit personnel en matière de mariage, de divorce et d'héritage, entre des parties de même religion, foi ou confession et qui se soumettent à cette juridiction »⁶⁰⁸

Les chrétiens ont encore expliqué que, selon eux, le projet de Constitution adopté à Bomas accordait une place trop importante à la confession musulmane, les mots « islam », « musulman », « islamique » ou « Kadhi » apparaissant plus de soixante fois, alors que les termes « chrétien », « Christ » ou « prêtre » n'étaient pas mentionnés, ce qui constituait pour

⁶⁰⁷ « These are Muslim courts where the judge is a Muslim, the accused is a Muslim, the accuser is a Muslim and the Koran is the law. Your taxes will be used to pay the salary of the Kadhi and his (it will never be a woman) staff. The draft constitution says that the State shall treat all religions equally, however it seems as Islam is more equal than others. This contradicts the constitution ». *Kadhis' Courts and the Draft Constitution – A Contentious Issue*. Pamphlet d'information de la *Kenya Church*.

⁶⁰⁸ « There is only one way that we can have Kadhis' Courts without contradicting the constitution. This is by deleting all clauses referring to any one religion and replacing them with a general clause establishing subordinate courts with limited jurisdiction on issues of personal law relating to marriage, divorce and inheritance, between parties of the same religious faith or persuasion and who submit to that jurisdiction ». *Kadhis' Courts and the Draft Constitution – A Contentious Issue*. Pamphlet d'information de la *Kenya Church*.

eux un déséquilibre flagrant en faveur de l'islam⁶⁰⁹. Un autre problème souvent mis en avant concernait le financement public des tribunaux de Kadhis et la rémunération de leur personnel sur le budget de l'État, alors que ces institutions ne sont utilisées que par une minorité de la population. Il est à noter que ce point avait déjà été mentionné à la fin des années 1960, lors des débats sur l'adoption du *Kadhis' Courts Act*. En 1969, lors des discussions à l'Assemblée Nationale, le député Kathanga avait, par exemple, déclaré :

« D'après moi, le Gouvernement va dépenser beaucoup d'argent en cherchant à établir ces tribunaux. (...) Si jamais les chrétiens réalisent qu'une section de la communauté va bénéficier de privilèges spéciaux, alors ils vont également demander à avoir des tribunaux qui leur seraient propres »⁶¹⁰

Près de quarante ans plus tard, lors des débats de la Conférence Nationale Constitutionnelle, dans les communiqués de presse de la *Kenya Church* ou au cours d'entretiens réalisés avec des chrétiens, la question de la rémunération publique des Kadhis a presque systématiquement été soulevée. L'idée était que si ces juges ne travaillent que pour le compte d'une communauté particulière, ils ne devraient pas être rémunérés sur le budget de l'État, auquel participent tous les contribuables, sans distinction de foi. Mais les musulmans ont avancé divers arguments pour contrer cette condamnation et, par exemple, lors des discussions du 22 septembre 2003 à la Conférence Nationale Constitutionnelle, la déléguée Hubbie Hussein a expliqué :

« L'autre question concernant la rémunération est que nous, les musulmans payons pour les services rendus dans les tribunaux de Kadhis, nous ne les obtenons pas juste gratuitement et, comme l'a souligné ma sœur Lilian, nous payons également pour tellement de choses que notre religion n'accepte pas comme l'assurance, le '*liquor license board*' et pourtant nous nous y conformons toujours en raison du principe de notre nationalité, selon lequel nous soutenons notre nation, et selon lequel nous pouvons donner une marge d'action à certaines choses que notre religion et que Dieu n'acceptent pas que nous fassions »⁶¹¹

⁶⁰⁹ *Katiba News*, Août 2003, pp. 10-11, 16 : « *Christians views on critical concerns in the draft Constitution* ».

⁶¹⁰ « *My views are that the Government is going to spend a lot of money in trying to establish these courts. (...) if Christians are going to hear that one section of the community is going to be given special privileges, then they are also going to claim courts of their own* ». Propos du député Kathanga, *Republic of Kenya, The National Assembly Official Report*, Vol. XII (Part 1), Fifth Session, Tuesday, 23rd May 1967 to Wednesday, 28th June 1967, p. 156.

⁶¹¹ « *The other issue of payment is that we Muslims do pay for the service in the Kadhis' courts, we just do not get them for free of charge and as my sister Lilian put it that we pay for so many things that our religion does not accept like insurance, liquor license board and still we conform to that because of our nationalhood principle that we uphold our nation so that we can give leeway to some of the things that our religion and God do not accept us to do* ». Propos de la déléguée Hubbie Hussein, *Constitution of Kenya Review Commission (CKRC), National Constitutional Conference (NCC), Verbatim Report of Technical Working Committee Group "E" (TWC "E")*, Chapter 9, on Judiciary, Held in Tent No. 5, Bomas of Kenya on 22.09.03, p. 27.

La volonté des musulmans que les tribunaux de droit musulman soient préservés dans la Constitution représentait, aux yeux des chrétiens, l'un des obstacles majeurs au processus de réforme constitutionnelle. D'ailleurs, ceux-ci ne condamnaient pas l'existence des tribunaux de Kadhis en tant que tels, mais plutôt le statut soit disant préférentiel qui leur était accordé. Comme l'a affirmé le pasteur David Oginde, de l'Église pentecôtiste du Kenya :

« Personne ne veut empêcher les musulmans d'utiliser les tribunaux de Kadhis (...) Qui veut interdire aux musulmans de pratiquer leur foi ? Nous ne pouvons pas les en empêcher, c'est leur droit ! C'est leur droit ! Le seul problème que nous avons est s'ils figurent dans la Constitution (...). Mais s'ils veulent instaurer les tribunaux de Kadhis dans leurs propres tribunaux ou bien où que ce soit, il n'y a pas de problème ! Qu'ils aient un millier de Kadhis s'ils le souhaitent ou même un million, je n'ai pas de problème avec cela et personne n'a jamais eu de problème avec cela »⁶¹²

Pourtant, les condamnations de la *Kenya Church* allaient bien au-delà de la question constitutionnelle. Selon cette association, la volonté avec laquelle les musulmans souhaitaient le maintien de leurs juridictions dans la Loi Fondamentale cachait en réalité d'autres objectifs et, dans la plupart de ses déclarations, le groupe mentionnait une conférence qui se tint au Nigeria en novembre 1989, à l'initiative de l'Organisation de la Conférence Islamique. À l'issue de cette conférence, un communiqué appelé « Déclaration d'Abuja » aurait été publié qui, d'après la *Kenya Church*, se proposait de faire de l'Afrique le premier continent totalement musulman et qui identifiait les tribunaux de Kadhis comme l'instrument principal de cette transformation⁶¹³. Lors de son entretien, l'avocate Judy W. Madahana a assez bien résumé le point de vue de la *Kenya Church* sur ce sujet en expliquant que :

« Ce que nous affirmons est que, à long terme, les tribunaux de Kadhis représentent un véhicule islamique pour pénétrer le système judiciaire, parce qu'ils ont compris que le système judiciaire est un centre de pouvoir et qu'il a un effet profond sur la vie quotidienne. Si vous êtes capable d'en prendre le contrôle, vous pourrez un jour ou l'autre avoir la maîtrise de l'ensemble du pays. C'est ce qui est arrivé au Nigeria et c'est ce qui est recommandé par la Déclaration d'Abuja. Nous disons donc que nous ne devrions pas avoir de tribunaux de Kadhis, parce que si nous vivons dans un système démocratique, nous devons être gouvernés par un seul ensemble de lois. Nous

⁶¹² « No one wants to stop Muslims using the Kadhis' Courts (...). Who wants to stop Muslims from practising their religion? We cannot stop them, it is their right! It is their right! The only problem we have is if they are in the Constitution (...). But if they want to practice Kadhis' Courts in their own courts or wherever, no problem! Let them have a thousand Kadhis if they want or even a million, I do not have a problem with that and no one ever had a problem with that ». Entretien avec le Pasteur David Oginde, Nairobi, le 2 mai 2006.

⁶¹³ « Beware!!! Kadhi's Courts are the starting point for the Islamic Agenda ». Document produit par la Kenya Church, mis à ma disposition par Major Patrick M. Musibi, Coordinateur de recherche, stratégie et formation de la « Task Force » de la Kenya Church sur la Réforme Constitutionnelle, rencontré à Nairobi, le 27 avril 2006.

ne pouvons pas nous permettre d'avoir des systèmes de droit séparés et nous savons que partout où les musulmans ont eu un système séparé, ils ont fini par prendre le contrôle du pays. Nous estimons que nous sommes en danger de voir notre mode de vie bouleversé par les musulmans, qui utilisent des moyens légaux pour renverser le système que nous connaissons »⁶¹⁴

À travers la critique des juridictions de droit coranique, c'est donc à une véritable guerre contre l'islam et les musulmans que se sont livrés les groupes évangéliques. Dans un autre document produit par la *Kenya Church*, des propos ouvertement anti-islamiques, reposaient sur les préjugés les plus simplistes. L'islam y était par exemple décrit comme « *une religion de violence et hautement discriminatoire sur les questions affectant les femmes* »⁶¹⁵. Ce même texte énumérait toutes les idées préconçues les plus négatives envers la religion musulmane : polygamie, statut inférieur accordé aux femmes, et bien sûr, association au terrorisme.

La controverse relative aux tribunaux de Kadhis ne peut donc se comprendre sans être replacée dans le contexte contemporain de méfiance croissante à l'égard de toute revendication politique émanant des musulmans et, comme l'a expliqué Hassan Mwakimako, elle ne peut s'appréhender sans tenir compte de la polarisation croissante de la société selon des intérêts religieux⁶¹⁶. De ce point de vue, comme l'ont souligné plusieurs interlocuteurs, musulmans mais également chrétiens, les conséquences du 11 septembre 2001 sur la situation et la perception des musulmans de par le monde ne peuvent être négligées⁶¹⁷. La plupart des interlocuteurs de confession islamique ont d'ailleurs identifié la campagne de la *Kenya Church* comme un mouvement initié de l'extérieur et bénéficiant du soutien moral, voire financier, de groupes religieux chrétiens radicaux établis aux États-Unis⁶¹⁸. Ceci amène à se

⁶¹⁴ « *We are saying that in the long term, the Kadhis' Courts are an Islamic vehicle to penetrate the judicial system, because they understand that the judicial system is really a centre of power, it has a very profound effect on day-to-day life and if you are able to capture it, you will eventually manage to capture the rest of the country, that is what happened in Nigeria and that is what was recommended by the Abuja declaration. So, we are saying that we should not have Kadhis' Courts, because if we are a democratic system, we must be governed by one set of laws. We cannot afford to have separate systems of laws and we have known that wherever the Muslims had a separate way, they have eventually taken over the country. We say we are in danger of having our way of life being suppressed by Muslims, using legal means to overthrow the system that we know* ». Entretien avec Judy W. Madahana, Nairobi, le 24 avril 2006.

⁶¹⁵ « *Because Islam is a religion of violence and very discriminatory on matters affecting women, attempts are being made to sanitize it in order to make it appealing to those targeted for conversion* ». « *Beware!!! Kadhi's Courts are the starting point for the Islamic Agenda* ». Document produit par la *Kenya Church*, mis à ma disposition par Major Patrick M. Musibi, Coordinateur de recherche, stratégie et formation de la « *Task Force* » de la *Kenya Church* sur la Réforme Constitutionnelle, rencontré à Nairobi, le 27 avril 2006.

⁶¹⁶ Entretien réalisé à Nairobi, le 7 octobre 2005.

⁶¹⁷ Entretien avec Hassan Mwakimako, Nairobi, le 7 octobre 2005 ; entretien avec Mohamed Hyder, Mombasa, le 16 janvier 2006 ; entretien avec Timothy Njoya, Nairobi, le 7 juin 2006.

⁶¹⁸ Entretiens avec Abdullahi Abdi, Nairobi, le 13 septembre 2006 ; Adan Wachu, Nairobi, le 20 avril 2006 ; Ahmed Issack Hassan, le 3 février 2006. Le Révérend Timothy Njoya, pourtant de religion catholique, a lui-

demander si ces discussions portaient fondamentalement sur le judiciaire ou si, par-delà, elles ne recouvraient pas plutôt une question religieuse, sous couvert de lutte d'influence entre chrétiens et musulmans. Aussi, à l'origine, la condamnation des juridictions de droit musulman a surtout été le fait des délégués chrétiens, alors que les Hindous se sont montrés beaucoup plus tolérants et ouverts. Certes, d'après l'ancien Président de l'*Hindu Council*, Rashmin P. Chitnis, le Conseil s'est prononcé contre l'inclusion des tribunaux de Kadhis dans la Constitution, mais ceci pour des raisons pratiques, alors que les chrétiens auraient considéré la question sous son aspect confessionnel⁶¹⁹.

Pour contrebalancer la position des chrétiens et défendre le bien-fondé du statut constitutionnel accordé à leurs tribunaux, les musulmans ont aussi utilisé divers arguments. L'un d'entre eux tenait à la minorité numérique de l'islam au Kenya et à la sous représentation de ses fidèles au Parlement, faisant craindre que les juridictions kadhiales puissent être aisément supprimées si elles ne jouissaient pas de la protection constitutionnelle. Comme l'ont expliqué plusieurs interlocuteurs, si la loi ordinaire instaurait les tribunaux musulmans, à travers un simple décret du Parlement, ils auraient été vulnérables puisque, dans l'éventualité où un député aurait proposé de les supprimer, un vote à la majorité simple aurait suffi. À l'opposé, en vertu de leur statut constitutionnel, l'abolition de ces institutions nécessiterait un vote à la majorité des deux tiers⁶²⁰. De ce fait, l'article 66 de la Loi Fondamentale était considéré comme une protection, permettant aux musulmans de compenser leur infériorité numérique au Parlement. En outre, plusieurs raisons ont été exposées pour contester l'idée selon laquelle la Constitution aurait favorisé l'islam. En améliorant le statut des Kadhis et de leurs tribunaux, Ahmed Issack Hassan considérait par exemple que le projet de la CKRC n'avait fait que répondre aux aspirations des citoyens et qu'il était faux de prétendre que la Commission avait favorisé les musulmans⁶²¹. De même, l'argument selon lequel une importance excessive était accordée à l'islam pouvait sembler assez largement exagéré, puisque le projet de Bomas ne comportait que deux articles, 198 et

même déclaré lors d'un forum organisé à Mombasa, que les États-Unis instiguaient des différences entre musulmans et chrétiens dans le pays : « *It is President (George W.) Bush who is fighting with Muslims by using some churches to oppose the courts* ». *Friday Bulletin*, 16/04/04, p.1.

⁶¹⁹ D'après Rashmin P. Chitnis, les différents projets de Constitution comportaient trop de détails, ce pourquoi il eut été préférable d'introduire une clause relative à des tribunaux religieux, plutôt que divers articles concernant les tribunaux de Kadhis. Entretien réalisé à Nairobi, le 7 juin 2007.

⁶²⁰ Tout amendement à la Constitution nécessite d'être approuvé par un vote à la majorité des deux tiers au Parlement.

⁶²¹ HASSAN, A.I., *Working Document For the Constitution of Kenya Review Commission on the Kadhi's Courts, Chief Kadhi and Kadhis*.

199, relatifs aux institutions de droit coranique. Les musulmans ont souvent indiqué que leurs tribunaux ne représentent qu'une juridiction spécifique parmi d'autres. Il existe, en effet, au Kenya des cours industrielles, des tribunaux relatifs à l'environnement, aux affaires, etc. Tous ne sont pas sollicités par l'ensemble des citoyens, mais demeurent financés sur fonds publics, sans que cela ne fasse l'objet de la moindre contestation.

Ainsi, différents leaders religieux, sous l'auspice du *Council of Imams and Preachers of Kenya* (CIPK), ont condamné le mouvement des Églises chrétiennes qui, selon eux, était destiné à diviser les Kenyans sur des principes confessionnels⁶²². Les organisations musulmanes, ou même de simples fidèles, ont d'ailleurs su utiliser la presse pour exposer leurs idées et défendre les juridictions kadhiales, s'attachant à rappeler le caractère historique de ces institutions ou bien encore le fait qu'elles existent ailleurs qu'au Kenya⁶²³. Par exemple, le *Daily Nation* daté du 25 octobre 2002 a publié une lettre d'information de plusieurs organisations islamiques, telles que le CIPK, la *Kenya Assembly of Ulamaa and Imams*, le SUPKEM, *Muslims for Human Rights* (MUHURI), la *Changamwe Muslim Association*, le *Majlis Ahbaab*, et l'IPK. Ce document avançait plusieurs arguments pour dénoncer la désinformation et la propagande contre les tribunaux de Kadhis, expliquant par exemple l'ancienneté de ces institutions dans le pays ou bien le caractère absurde de l'idée selon laquelle les musulmans voulaient introduire la Charia⁶²⁴. Plus tard, en mars 2003, le Président de la branche du SUPKEM pour la Province Centrale, Mohammed Omar Maluki, a dénoncé dans le *Daily Nation* la condamnation des tribunaux de Kadhis par différentes Églises chrétiennes, ainsi que l'idée véhiculée par ces groupes selon laquelle le projet de Constitution avantagerait l'islam⁶²⁵. Pour les musulmans, le maintien des juridictions kadhiales dans la Constitution n'était en aucun cas un instrument destiné à transformer le pays en une République islamique mais représentait plus une question de principe, ces institutions ayant une forte portée symbolique, donnant aux fidèles « *le sentiment qu'ils ont également quelque chose dans la Constitution* »⁶²⁶.

⁶²² *Daily Nation*, 27/09/03 : « *Muslims voice concern with churches over kadhis' courts* ».

⁶²³ *Daily Nation*, 24/04/03 : « *Here are the facts on Kadhis' Courts* » ; *Saturday Nation*, 03/09/05, p. 14 : *The National Muslim Council of Kenya*, « *Press Statement on Constitution Debate* ».

⁶²⁴ *Daily Nation*, 25/10/02 p. 48 : « *Misinformation about Kadhi's Courts in the Draft Constitution* ».

⁶²⁵ *Daily Nation*, 01/03/03 : « *Proposals to enhance office of the Chief Kadhi have merits* ».

⁶²⁶ « *They feel they also have something in the Constitution* ». Entretien avec Ahmed Issack Hassan, réalisé à Nairobi, le 3 février 2006.

Les protestations contre les tribunaux de Kadhis ont atteint leur paroxysme après le vote au Parlement, le 21 juillet 2005, du nouveau projet de Constitution, appelé *Kilifi Draft* ou *Wako Draft*. Ce texte recherchait une sorte de compromis pour calmer les tensions et son article 195, en particulier, qualifiait les juridictions de Kadhis de « tribunaux religieux », en parallèle desquels était prévue l'existence d'institutions similaires pour les chrétiens et les hindous⁶²⁷. La clause reposait sur l'idée que, permettre à toutes les confessions de disposer de leurs propres cours de justice, pourrait mettre un terme à l'argument selon lequel le projet de Constitution aurait privilégié l'islam. Ses auteurs espéraient qu'elle recevrait un accueil chaleureux des représentants des différentes confessions, désormais toutes mentionnées dans la Loi Fondamentale. Cependant, ni les chrétiens opposés aux juridictions de droit islamique et qui n'avaient jamais demandé la mention de tribunaux religieux⁶²⁸, ni les musulmans qui ont vu là une manœuvre pour faciliter une suppression ultérieure des juridictions de droit coranique, n'ont approuvé ce nouveau projet. Ces derniers se sont également opposés à la qualification de leurs institutions de « tribunaux religieux », au motif que les Kadhis ne sont pas des leaders confessionnels, mais des juges, qui statuent dans des affaires civiles. La controverse a alors pris un ton de moins en moins rationnel. Par exemple, en août 2005, peu de temps après le vote du projet de Kilifi, lors d'une réunion de membres du Parlement avec le Président Kibaki, l'évêque Kihara Mwangi, par ailleurs député de la circonscription de Kigumo, a invoqué une intervention divine contre la menace d'application de la Charia suscitée par la reconnaissance éventuelle des tribunaux de Kadhis dans la Constitution, affirmant prier pour « *que la nouvelle Constitution ne condamne pas le pays à devenir un État de la Charia* »⁶²⁹. Cette déclaration a provoqué la colère de plusieurs députés musulmans, dont les ministres Najib Balala et Mahamud Mohammed et le député de Wajir Nord, Abdullahi Ali, qui ont quitté la réunion et ont demandé des excuses publiques. Cet événement, en apparence anecdotique, est pourtant révélateur des tensions qui se sont développées entre les musulmans et certains chrétiens et qui ont fait craindre une dégradation sérieuse et durable des relations entre les deux monothéismes.

⁶²⁷ L'article 195 (1) du projet stipulait : « *There are established Christian Courts, Kadhi's Courts and Hindu Courts* ».

⁶²⁸ Déjà, lors des discussions du Comité Technique de Travail sur le Judiciaire à la Conférence Nationale Constitutionnelle, les responsables religieux chrétiens s'étaient prononcés contre une éventuelle disposition mentionnant des tribunaux religieux, au motif qu'ils étaient unanimement opposés à la mention de la chrétienté ou tout simplement de la religion dans la Constitution. *Sauti ya Katiba* (publication de la Conférence Nationale Constitutionnelle), n° 7, 23-29 février 2004, pp. 2 et 5, « *Christian Courts ignite debate* ».

⁶²⁹ « ... *that the new Constitution should not condemn the country into a Sharia state* », *The Standard*, 10/08/05, p. 32 : « *Prayer slur mars meeting* ».

Ainsi, jusqu'à la tenue du référendum de novembre 2005, le statut constitutionnel des juridictions kadhiales a été présenté comme une question litigieuse. De façon objective, le juriste kenyan Kivutha Kibwana, dans un article publié par le *Daily Nation* en 2005, a cherché à relativiser la controverse en expliquant que les tribunaux de Kadhis n'avaient jamais été condamnés par les chrétiens depuis l'indépendance et qu'ils n'avaient en aucun cas créé de tensions religieuses ou bien affecté les non musulmans. D'après lui, dans le projet Wako, les dispositions relatives aux tribunaux religieux représentaient une tentative de réponse aux accusations selon lesquelles la Constitution aurait avantage les musulmans. Selon lui encore, la polémique était largement exagérée et polluit le débat constitutionnel. Kivutha Kibwana a estimé à juste titre que si le projet de Constitution était rejeté, les tribunaux de Kadhis bénéficieraient toujours de leur statut constitutionnel, alors que le pays ne jouirait pas d'une nouvelle Loi Fondamentale. C'est pourquoi, à son avis, les Kenyans auraient dû accorder une chance à cette institution ayant des racines historiques et considérée comme participant à la protection d'une « minorité » confessionnelle⁶³⁰. Après l'inclusion de la clause relative aux « tribunaux religieux », il était espéré que les chrétiens ne s'opposeraient plus à la présence des juridictions de Kadhis. Pourtant, ceci n'a pas calmé la colère de certains groupes, qui ont prétendu que l'article ne visait en réalité qu'à protéger les institutions de droit coranique. Les chrétiens ont d'ailleurs continué à demander la suppression pure et simple de la mention des tribunaux de Kadhis. Selon l'avocate Amina Bashir, ceci constituait la preuve que leur problème n'était pas tant que l'islam aurait été favorisé par la Constitution, puisque désormais toutes les confessions se seraient trouvées mentionnées⁶³¹. Loin d'être totalement objectifs, les arguments avancés par les deux camps étaient au contraire influencés par la passion des débats. Aussi, convient-il de se demander, de manière impartiale, en quoi les dispositions constitutionnelles relatives aux juridictions de Kadhis constituent ou non une atteinte au principe de sécularité de l'État et avantagent ou non l'islam au détriment des autres confessions.

2) La place des tribunaux de Kadhis dans la Constitution.

Le débat politique et l'expression d'opinions contradictoires représentent des éléments naturels de l'exercice de la démocratie et ils ne sauraient être considérés comme néfastes dans un pays où la liberté d'opinion est longtemps restée muselée. Aussi, le processus de révision

⁶³⁰ *Daily Nation*, 01/09/05, p. 5 : « *Kadhis' courts provision is harmless* ».

⁶³¹ Entretien réalisé à Nairobi, le 19 octobre 2005.

constitutionnelle a mis en jeu des intérêts antagonistes et les diverses parties en présence ne pouvaient pas s'accorder sur tout. Toutefois, les discussions relatives aux institutions de droit musulman ont révélé des prises de positions parfois radicales et entachées par la passion, les préjugés et une certaine intransigeance, qui ont causé des dommages au processus entier. Les débats autour du thème religieux revêtent toujours un caractère touchant à l'émotionnel et, au Kenya, la polémique s'est doublée de l'aspect historique et symbolique des juridictions kadhiales qui représentent, aux yeux des musulmans, un acquis qui ne saurait leur être ôté. Les dispositions relatives à ces tribunaux ne comportent donc pas seulement un aspect juridique et, outre les arguments légaux, il peut exister des justifications économiques, historiques, politiques et/ou sociologiques à l'existence de telles institutions.

Au Kenya, la controverse relative au statut constitutionnel des tribunaux de Kadhi s'est accompagnée de toute une série d'interrogations sur le sens de la notion de liberté religieuse et sur la régulation par l'État des activités ou des lois d'inspiration confessionnelle. De façon plus théorique, elle conduit à examiner la protection des droits des groupes numériquement minoritaires et à la façon dont une telle défense peut contredire le souci de construire une Nation unie. Il convient donc de réfléchir aux implications légales de l'existence des institutions appliquant la loi islamique, mais aussi aux conséquences morales de leur acceptation constitutionnelle, en raison des valeurs qu'elles véhiculent et du rapport complexe qu'elles établissent entre les manifestations privées de la foi et ses expressions publiques. Enfin, du point de vue politique, au-delà des motifs historiques invoqués pour expliquer la présence de ces tribunaux dans la Loi Fondamentale, il s'agit de s'interroger sur l'existence d'arguments contemporains en faveur du maintien de leur statut constitutionnel.

En ce qui concerne le rapport des institutions de droit coranique à la Loi Fondamentale, deux questions principales émergent. La première, plus générale, est commune à tous les pays où la loi islamique est appliquée en matière de statut personnel. Elle concerne l'articulation entre, d'une part le caractère éventuellement discriminatoire des droits particuliers au regard des dispositions constitutionnelles relatives à la sécularité et à l'égalité entre hommes et femmes et, d'autre part, le principe de la liberté de conscience. La seconde interrogation, plus particulière aux tribunaux de Kadhis et à leur statut constitutionnel, se rapporte à la place de l'islam et de ses institutions dans un État non musulman et à la compatibilité de certains principes coraniques avec le droit général.

a. Les dispositions constitutionnelles relatives aux tribunaux de Kadhis accordent-elles un statut privilégié à l'islam ?

Les chrétiens opposés à l'inclusion des tribunaux de Kadhis dans la Constitution ont avancé l'argument selon lequel une telle clause aurait remis en cause le principe de l'égalité de tous devant la loi, le droit musulman étant réservé aux adeptes de la religion islamique et les tribunaux de droit coranique n'existant que pour cette catégorie de population. D'après eux, cette disposition aurait introduit une contradiction dans la Loi Fondamentale qui, tout en affirmant la sécularité de l'État et l'égalité entre toutes les confessions, aurait accordé à l'islam un statut privilégié. Pourtant, ces deux principes ne s'opposent pas nécessairement si la première se considère comme la simple interdiction, d'une part, d'établir une religion d'état et, d'autre part, d'empêcher le libre exercice de sa foi par chacun. De plus, la Constitution ne fait que mentionner des tribunaux en charge d'appliquer une législation spécifique mais n'invoque pas la religion islamique en tant que telle. Ici, le problème consiste tout d'abord à définir la notion de « sécularité », invoquée tout au long des débats⁶³². Joseph Kenny, dans un article relatif à la loi coranique au Nigeria, explique qu'au moment de la préparation d'une Constitution en 1979, la majorité des musulmans demandèrent une totale application de la Charia, affirmant que, le droit islamique ne concernerait que les fidèles du Prophète Mohammed et n'affecterait en rien le statut des chrétiens. Dans le même temps, alors que ces derniers faisaient pression pour un État séculier, ce mot devint, pour les musulmans, synonyme de « sans Dieu »⁶³³. Cet exemple illustre bien, et de façon emblématique, la difficulté à cerner le sens du terme ou à en dégager une signification acceptable par tous.

Or, de manière objective, le sécularisme ne s'entend pas comme une négation de la religion. Christophe Jaffrelot, lorsqu'il étudie la question au sujet de l'Inde, différencie la laïcité, c'est-à-dire la séparation de l'Église et de l'État, du sécularisme, qui consiste plutôt en une « *équidistance bienveillante de l'État par rapport à toutes les religions* »⁶³⁴. De ce point de vue, la présence de l'élément confessionnel dans la Constitution peut être tolérée, car le sécularisme n'implique pas nécessairement pour l'État d'ignorer, voire de se montrer hostile envers les religions. Le concept peut également se comprendre comme une neutralité, qui

⁶³² SOW SIDIBE, A., *Le pluralisme juridique en Afrique (L'exemple du droit successoral sénégalais)*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991.

⁶³³ KENNY, J., « Sharia and Christianity in Nigeria: Islam and a 'Secular State' », *Journal of Religion in Africa*, Vol. XXVI, Fasc. 4, November 1996, p. 347.

⁶³⁴ JAFFRELOT, C., « Le multiculturalisme indien à l'épreuve. Le cas des débats constitutionnels », *L'Année sociologique*, 46, n° 1, 1996, p. 187.

exige alors la prise en compte et le respect des convictions de chacun. Toujours en Inde, les musulmans considéraient cette notion comme la garantie par l'État de la liberté de culte, de l'égalité entre toutes les fois et de la non interférence du pouvoir dans les affaires culturelles⁶³⁵. De même, les musulmans kenyans n'envisagent pas ce principe comme l'interdiction de toute expression religieuse dans la sphère publique ou juridique, mais plus comme la garantie par l'État du droit de pratiquer leur foi et d'en suivre les préceptes. Christian Coulon, dans une autre étude portant sur le Nigeria, explique par ailleurs en quoi la notion de sécularité représente avant tout un principe, parfois difficilement intériorisé dans des sociétés très empruntées de religiosité. Il affirme par exemple que les mobilisations musulmanes correspondent à des formes de « recomposition » et que :

« Celles-ci n'aboutissent sans doute pas à la constitution d'un mouvement social, mais elles soulignent les capacités historiques des sociétés en question non seulement à développer l'indiscipline et l'indocilité, mais aussi à inventer des modes de lecture et d'action qui montrent qu'il n'y a aucune 'inévitabilité à la sécularisation', sinon dans les structures formelles, du moins dans les imaginaires collectifs »⁶³⁶

Autrement dit, dans des sociétés très religieuses, il n'est pas certain que le principe séculier, même proclamé dans la Constitution et dans les lois nationales, ne soit totalement compris et accepté par les individus. Selon une logique quelque peu différente, dans un ouvrage collectif consacré à l'identité musulmane et au changement social en Afrique, Louis Brenner démontre que certains fidèles mobilisent le thème du sécularisme et de ses supposés défauts pour renforcer leur propre identité de musulmans⁶³⁷. Ayant pour ambition d'étudier la manière dont les fidèles africains tentent d'améliorer leur statut social et d'affirmer leurs objectifs politiques en adoptant de nouvelles stratégies de représentation de soi et de contestation politique, Louis Brenner estime que ceci se traduit, entre autres, par des revendications visant une autonomie communautaire dans les domaines considérés comme importants pour la préservation de l'identité⁶³⁸. De ce fait, l'application du droit islamique et l'existence des tribunaux de Kadhis ne peuvent être considérés comme des problèmes strictement religieux. Au contraire, comme l'indique Michael O. Mastura au sujet des Philippines, étant donné que la Constitution reconnaît la loi coranique, le droit personnel n'est pas appliqué comme une question de religion, mais comme une question de politique⁶³⁹. Cet aspect politique s'est

⁶³⁵ KRISHNA, G., 1986, *op. cit.*, p. 360.

⁶³⁶ COULON, C., 1993, *op. cit.*, p. 61. La citation entre '' est tiré de MBEMBÉ, A., 1987, *op. cit.*, p. 206.

⁶³⁷ BRENNER, L., 1993, *op. cit.*, p. 3.

⁶³⁸ *Ibid.*, pp. 1-2.

⁶³⁹ MASTURA, M.O., 1994, *op. cit.*, pp. 461-475.

révélé lorsque certains chrétiens ont avancé que l'octroi d'un statut constitutionnel aux juridictions kadhiales aurait constitué un moyen d'introduire la Charia au Kenya. Or, l'argument s'avérerait facilement réfutable, puisque de nombreux autres pays africains possèdent des tribunaux de Kadhis, sans que la loi coranique n'y ait jamais été appliquée dans son intégralité. Par exemple, les constitutions du Nigeria (articles 260 à 264 et 275 à 279), de la Gambie (article 137) et de l'Ouganda (article 129) prévoient également des institutions en charge de juger les musulmans en respect de la loi islamique concernant le statut personnel. Certes, le cas du Nigeria, d'ailleurs largement utilisé par les opposants aux institutions de Kadhis, est particulier, puisque la Charia y est appliquée dans les domaines civil et criminel. Toutefois, en ce qui concerne les deux autres pays, plus comparables au Kenya, les dispositions constitutionnelles précisent clairement que seul le domaine civil du droit musulman est reconnu. La Loi Fondamentale établit donc une limite, empêchant toute introduction de la loi coranique dans sa partie criminelle et comme l'a souligné l'avocat Ahmed Isaack Hassan :

« Si vous avez vraiment peur de ce que les tribunaux de Kadhis peuvent apporter, il est encore mieux d'assurer que leurs pouvoirs sont limités par la Constitution »⁶⁴⁰

De plus, si la législation prévoit l'institution de tribunaux particuliers pour une communauté religieuse spécifique, cette disposition ne peut être considérée comme anticonstitutionnelle, étant donné qu'elle figure dans la Loi Fondamentale elle-même. D'ailleurs, la Constitution assure la liberté de culte qui, d'après les musulmans, ne signifie pas uniquement permettre aux personnes de prier dans des mosquées ou des églises, mais implique aussi de reconnaître que ces individus ont des conceptions différentes de la vie et des relations personnelles. L'article 78 de la Loi Fondamentale dispose que « *Sauf avec son propre consentement, aucune personne ne devrait être entravée dans la jouissance de sa liberté de conscience* ». Cette dernière inclut « *la liberté de croyance et de religion, la liberté de changer sa religion ou sa croyance, et la liberté, soit seul, soit en communauté avec d'autres, et à la fois dans le public et dans le privé, de manifester et de propager sa religion et sa croyance en terme de culte, d'enseignement, de pratique et d'observance* »⁶⁴¹. En vertu

⁶⁴⁰ « *If you really fear what the Kadhis' Courts might bring, it is even better to ensure that their powers are limited within the Constitution* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 3 février 2006.

⁶⁴¹ Article 78, paragraphe (1) : « *Except with his own consent, no person shall be hindered in the enjoyment of his freedom of conscience and for the purposes of this section the said freedom includes freedom of thought and of religion, freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others, and*

de cette disposition et invoquant leur droit à exercer leur culte sans entraves, les musulmans condamnent les attaques contre leur loi ou contre leurs tribunaux. De ce point de vue, la difficulté principale tient à la conception des fidèles de ce que l'islam requiert d'eux et à l'idée selon laquelle l'islam ne représente pas qu'une religion, mais aussi un mode de vie régissant le quotidien des individus jusque dans ses aspects les plus intimes. Le droit personnel est ainsi considéré comme faisant partie intrinsèque de la religion et comme un code parfait, que personne n'a le droit moral d'altérer. Le terme « droit islamique » possède d'ailleurs un sens ambigu puisqu'il s'agit autant d'une éthique que d'un droit positif et que la Loi Divine ne gouverne pas seulement les actes juridiques, mais aussi les comportements. Or, les musulmans avancent souvent le fait que l'application de la loi coranique se restreint aux domaines qui se situent traditionnellement au cœur de la religion (famille, héritage), n'affectant les individus que dans leur vie privée, mais n'ayant pas d'implication dans leurs relations sociales.

De plus, la reconnaissance du droit coranique ne représente pas une atteinte aux dispositions de la Constitution, car cette dernière exempte les questions de droit personnel de l'application de son article 82, relatif à l'interdiction des discriminations. Celui-ci dispose certes qu'« aucune loi ne devrait comporter de clause qui soit discriminatoire, que ce soit en elle-même ou dans ses effets »⁶⁴², mais précise ensuite que cette règle sera sans effet « en ce qui concerne l'adoption, le mariage, le divorce, les funérailles, la transmission de propriété à la mort ou les autres questions de droit personnel »⁶⁴³. Pour cette raison, les droits religieux ou coutumiers, qui se limitent au statut des personnes, ne peuvent pas être considérés comme discriminatoires. D'ailleurs, en vertu du *Judicature Act*, les tribunaux kenyans sont également censés se référer au droit personnel des différentes communautés, à la seule condition que la législation en question n'apparaisse pas contraire à la justice et à la moralité⁶⁴⁴. Or, si le droit appliqué n'est pas discriminatoire, il semble difficile d'affirmer que les institutions qui le mettent en oeuvre le sont. Pourtant, d'aucuns pourraient arguer que la reconnaissance de la

both in public and in private, to manifest and propagate his religion or belief in worship, teaching, practice and observance ».

⁶⁴² Article 82, paragraphe (1) : « ...no law shall make any provision that is discriminatory either of itself or in its effects ».

⁶⁴³ Article 82, paragraphe (4) (b) : « with respect to adoption, marriage, divorce, burial, devolution of property on death or other matters of personal law ».

⁶⁴⁴ L'article 3(2) du *Judicature Act* expose : « The High Court, the Court of Appeal and all subordinate courts shall be guided by African customary law in civil cases in which one or more of the parties is subject to it or affected by it, so far as it is applicable and is not repugnant to justice and morality or inconsistent with any written law, and shall decide all such cases according to substantive justice without undue regard to technicalities of procedure and without undue delay ».

liberté de culte ne confère aucun statut juridique propre et n'octroie en réalité aucun droit particulier, si ce n'est celui de pratiquer librement sa religion. Mais la contradiction majeure qui peut découler de l'acceptation de droits spéciaux concerne les conflits possibles entre les législations particulières et le droit général. Ainsi, comme le souligne, par exemple, Erin P. Moore dans un article sur l'Inde, l'opposition inhérente entre la liberté de religion et les demandes en faveur de l'égalité apparaît manifeste lorsque les femmes ne bénéficient pas d'un traitement égalitaire dans les différents droits religieux en matière de statut personnel⁶⁴⁵.

b. La difficile conciliation entre droit commun et droit particulier.

Dans leur *Introduction à l'étude du droit musulman*, Louis Milliot et François-Paul Blanc démontrent que l'analyse et la comparaison des conceptions islamique et occidentale du droit font apparaître la contradiction inhérente entre les deux systèmes⁶⁴⁶. En occident, l'ordre juridique résulte d'institutions lentement concrétisées par la pratique de la vie quotidienne, reconnue et sanctionnée, jusqu'à ce que la technique législative l'ait transformée en loi formelle. À l'opposé, la loi de l'islam est révélée, après que la volonté divine ait inspiré le Prophète Mohammed. De plus, dans l'islam, la vérité est une, c'est la vérité religieuse. D'elle, découle toute une série d'autres principes, qui forment la base des rapports de l'homme avec son créateur, avec la société, avec l'État et avec tous ses coreligionnaires. Les deux auteurs expliquent encore que la loi musulmane ignore les classifications juridiques et les critères d'application des normes en fonction de l'objet (*ratione materiae*), du lieu (*ratione loci*), des personnes (*ratione personae*), du temps (*ratione temporis*) et de la nature de leur source - législative, coutumière ou jurisprudentielle- (*ratione fontis*). Dans ce contexte, il s'agit de comprendre si, au-delà des ordres théoriques du droit, des contradictions ou des incompatibilités peuvent exister entre les principes de droit général, contenus dans la Constitution ou la législation, et la loi musulmane. Pour certains, le statut personnel devrait se conformer aux droits fondamentaux garantis par la Loi⁶⁴⁷ et le sociologue Alain Touraine précise, par exemple :

« Qu'une communauté ethnique, nationale ou religieuse s'organise de manière autonome et impose certaines règles à ses membres est acceptable et nul ne songe

⁶⁴⁵ MOORE, E.P., « Law's Patriarchy in India », in LAZARUS-BLACK, M. et HIRSCH, S.F. (eds.), *Contested States. Law, Hegemony and Resistance*, New-York & London : Routledge, 1994, pp. 89-117.

⁶⁴⁶ MILLIOT, L. et BLANC, F.-P., 1987, *op. cit.*

⁶⁴⁷ NARAIN, V., *Gender and Community. Muslim Women's Rights in India*, Toronto : University of Toronto Press, 2001.

aujourd'hui, dans un pays dit libre, à interdire les ordres religieux pour des raisons constitutionnelles ; à la seule condition que ces règles non seulement soient librement acceptées (...), mais surtout ne soient pas reconnues par la majorité comme contraires aux libertés fondamentales »⁶⁴⁸

Sur le même thème mais au sujet de l'application du droit coutumier en Afrique du Sud, Françoise Dreyfus explique en quoi la référence à des communautés dans la Loi fondamentale « permet en fait de prendre en considération la configuration plurielle de la société et de préciser l'étendue des droits dont disposent les individus en matière culturelle, religieuse, mais aussi linguistique »⁶⁴⁹. Elle affirme encore qu'une politique d'uniformisation dans des sociétés plurielles telles que l'Afrique du Sud post-apartheid apparaît impossible, ce pourquoi l'intégration nationale implique la reconnaissance de la diversité⁶⁵⁰. Cependant, Françoise Dreyfus souligne la contradiction qui peut exister entre les principes constitutionnels de dignité humaine, d'égalité et de progrès des droits de l'homme et des libertés et certaines dispositions coutumières qui donnent un statut inférieur aux femmes, opposition qui a été résolue par l'obligation donnée aux règles coutumières de respecter la Constitution⁶⁵¹. Dans le même ordre d'idée et de façon plus spécifique au droit islamique, A.M. Bhattacharjee explique que l'article 15 de la Constitution indienne interdit les discriminations sexuelles, alors que dans le même temps, la loi coranique autorise la polygamie pour les hommes et prescrit la monogamie pour les femmes. Il estime donc qu'il y a là une discrimination sur la base du sexe et que dans ce cas précis, la loi musulmane va à l'encontre de la Constitution. C'est pourquoi, de son avis, lorsque l'existence de différents droits personnels contredit le principe constitutionnel de non discrimination entre les sexes, seule l'adoption d'un code civil unique peut garantir l'égalité de tous dans l'application de la loi⁶⁵².

Le droit islamique et le droit coutumier sont très souvent considérés comme discriminatoires envers les femmes. Pour y remédier, la plupart des constitutions africaines

⁶⁴⁸ TOURAINE, A., « Faux et vrais problèmes », in WIEVIORKA, M. (dir.), 1996, *op. cit.*, p. 305.

⁶⁴⁹ DREYFUS, F., « L'Afrique du Sud entre unité et communautés », in LE POURHIET, A.-M. (dir.), *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille et Paris : Economica, 1999, p. 317. Dans cet article Françoise Dreyfus explique que la reconnaissance officielle de onze langues dans la Constitution ne remet pas nécessairement en question le principe de l'unité nationale mais, au contraire, dans le contexte spécifique à l'Afrique du Sud, participe de la construction de l'unité nationale « contre l'exclusion qui pourrait frapper des groupes sociaux minoritaires en raison de leurs identifications culturelles » (p. 320).

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 320.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 323. F. Dreyfus souligne d'ailleurs que ce principe s'applique aussi à la reconnaissance de différents systèmes de droit religieux, personnel ou familial. Ceux-ci doivent toutefois respecter les principes constitutionnels dans leur application.

⁶⁵² BHATTACHARJEE, A.M., 1994, *op. cit.*

postérieures à l'indépendance prévoient des prohibitions contre les différenciations, même si certaines incluent des exemptions, dans le domaine du droit de la famille. C'est par exemple le cas au Kenya (article 82, mentionné précédemment)⁶⁵³, où la question a suscité des polémiques au moment des discussions constitutionnelles et en particulier dans le cadre de l'élaboration de la *Bill of Rights*. La rédaction de ce texte avait pour but de protéger les droits et libertés des individus et il disposait, entre autres, que tous les citoyens sont égaux devant la loi et jouissent de droits équivalents à être protégés par celle-ci. Or, l'article 33(5) du projet Bomas puis l'article 34(4) du projet Wako dispensaient les musulmans de l'application de cette clause⁶⁵⁴. L'adoption de cette exemption est due en grande partie aux pressions de la juriste Amina Bashir, qui, comme de nombreux musulmans, a argumenté que si les dispositions du droit islamique pouvaient parfois paraître inégalitaires, elles reposaient sur une certaine logique, dont les fidèles se satisfaisaient parfaitement et à laquelle les femmes, en particulier, se montraient très attachées⁶⁵⁵. Pourtant, d'un point de vue objectif, certaines dispositions de la loi coranique établissent d'indéniables distinctions entre les hommes et les femmes. Or, celles-ci contredisent le principe de non-discrimination entre les sexes, prévu par la Constitution et par la Convention Internationale contre l'Élimination de Toute Forme de Discrimination contre les Femmes, ratifiée par le Kenya. Par exemple, en matière de mariage, si un musulman peut contracter une union avec une femme juive ou chrétienne, une femme de confession islamique, en revanche, n'a pas le droit d'épouser un homme d'une autre religion. Le divorce est également inégalitaire, dans la mesure où seuls les hommes ont la possibilité de prononcer une répudiation unilatérale, en dehors de tout cadre juridique (*Talak* en arabe, *Talaka* en swahili)⁶⁵⁶. Or, c'est un mode de divorce très courant et d'après une étude réalisée par le *National Muslim Council of Kenya* (NMCK) en 2004, dans 73% des cas de divorce chez les musulmans, celui-ci était prononcé à l'initiative du mari⁶⁵⁷. Les femmes, en revanche, pour obtenir une dissolution de leur mariage, n'ont d'autre solution que de recourir au tribunal, à moins que leur époux n'accepte de les répudier contre la renonciation à leur dot (divorce appelé *Khul*). Dans une telle situation où le droit musulman est reconnu en matière

⁶⁵³ GRANT BOWMAN, C. et KUENYEHIA, A., *Women and Law in Sub-Saharan Africa*, Accra : Sedco Publishing, 2003.

⁶⁵⁴ Par exemple, dans le projet Wako, l'article 34(4) disposait : « *The provisions of this Chapter on equality shall be qualified to the extent strictly necessary for the application of Islamic law to persons who profess the Muslim faith in relation to personal status, marriage, divorce and inheritance* ».

⁶⁵⁵ Entretien avec Amina Bashir, Nairobi, le 19 octobre 2005.

⁶⁵⁶ BHATTACHARJEE, A.M., 1994, *op. cit.*

⁶⁵⁷ National Muslim Council of Kenya (NMCK), *Report of the Kenya National Muslim Women Needs Assessment Survey 2004*, Nairobi : NMCK, 2005, p. 41. L'étude a été menée sur un échantillon de 1171 femmes musulmanes, âgées de 18 à 59 ans, et issues des différentes provinces du Kenya.

de statut personnel, si un homme peut répudier sa femme alors que son épouse n'a pas ce droit, le principe constitutionnel de l'égalité homme-femme peut paraître affecté. De même, en matière d'héritage, une femme musulmane obtient toujours une part inférieure de moitié à celle de ses parents de sexe masculin, à statut équivalent⁶⁵⁸.

Une autre accusation souvent portée à l'encontre du droit coranique concerne le mariage forcé des jeunes filles, une pratique autorisée par toutes les écoles juridiques islamiques et selon laquelle un père, un grand-père ou tout autre tuteur peut donner en mariage un enfant non pubère, donc non majeur⁶⁵⁹. Ceci a fait l'objet de réformes dans de nombreux pays arabes mais, en Afrique orientale, le seul parallèle se trouve dans le Code Pénal qui, dans certains pays, sanctionne toute tentative du mari de consommer son union avec une épouse n'ayant pas atteint un certain âge. Par exemple, au Kenya, le *Marriage Act* instaure l'âge légal du mariage à 16 ans et le vote du *Children's Act* en 2001 a pénalisé les mariages forcés et les unions précoces, en reprenant certaines dispositions de la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant, ratifiée par le Kenya le 31 juillet 1990, et de la Charte Africaine des Droits de l'Enfant. Pourtant, la pratique des mariages de filles non majeures semble encore assez courante. D'après l'étude réalisée par le NMCK, 37% des musulmanes interrogées avaient été mariées avant l'âge de 18 ans et 15% d'entre elles n'avaient pas eu le choix de leur futur époux⁶⁶⁰. La même étude soulignait encore que le nombre de mariages précoces ou forcés demeurait assez important, et que « *la plupart des filles se mariaient à un moment où elles ne comprennent pas encore complètement les implications de la vie d'épouse* »⁶⁶¹. La polygamie représente de même une pratique assez répandue, puisque 43% des musulmanes interrogées vivaient ou avaient vécu une union polygame⁶⁶². Une autre étude, réalisée par le Ministère de la Planification et du Développement National, donnait cependant des chiffres beaucoup moins élevés, mais estimait tout de même que, dans la province du Nord-Est, où le taux était le plus élevé et où une majorité de la population est de confession islamique, 13.2% de la population vivait une

⁶⁵⁸ Le droit musulman dispose de règles très strictes en matière de succession. Il est notamment prévu que la part dévolue aux femmes héritières légales représente toujours la moitié de la part dévolue à leurs pairs masculins. Une sœur hérite ainsi de la moitié de la part d'un frère, une fille de la moitié de la part d'un fils.

⁶⁵⁹ QURESHI, M.A., *Muslim Law of Marriage, Divorce and Maintenance*, New Delhi : Deep and Deep Publications, 1995. Dans l'islam, la majorité est atteinte à la puberté et toute personne majeure est libre de contracter un mariage.

⁶⁶⁰ National Muslim Council of Kenya (NMCK), 2005, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁶¹ « *Most of the girls were getting married at a time when they are yet to fully comprehend the implications of being a wife* ». *Ibid.*, p. 48.

⁶⁶² National Muslim Council of Kenya (NMCK), 2005, *op. cit.*, p. 47.

union polygame⁶⁶³. Certes, l'islam n'est pas seul à autoriser cette pratique, puisque de nombreux droits coutumiers l'acceptent aussi. Cependant, la polygamie induit une différence de traitement certaine entre hommes et femmes. Du point de vue législatif, si se marier selon le droit général et contracter une autre union en droit islamique ou coutumier constitue un crime, il n'existe pas de véritable restriction aux mariages multiples en dehors de cette disposition, ce qui contribue sans doute au caractère encore assez répandu de cette pratique⁶⁶⁴.

Dans le cas où le statut personnel est accepté, le problème est alors de savoir si le droit musulman comporte des discriminations inacceptables contre les femmes. Ainsi que l'explique Sebastian Poulter, selon une opinion qui paraît tout à fait objective, la polygamie et la répudiation unilatérale sont incontestablement discriminantes⁶⁶⁵. Pourtant, il reconnaît l'importance d'une adaptation du droit aux besoins des musulmans, en respect du pluralisme culturel et du droit des « minorités » religieuses. De même, certains pourraient arguer que la loi coranique contient des dispositions discriminatoires en faveur des femmes. Par exemple, en matière d'entretien, le mari musulman se trouve dans l'obligation de fournir à son épouse nourriture, vêtements et logement, alors qu'au sein du couple, la femme n'est pas censée donner la moindre somme d'argent pour les dépenses de la vie quotidienne. De même, c'est toujours le conjoint qui est responsable financièrement des enfants, puisque le droit islamique ne reconnaît pas la mère comme gardien légal, même en l'absence du père⁶⁶⁶. Certes, la mère a la charge de ses fils jusqu'à ce qu'ils atteignent sept ans et de ses filles jusqu'à leur puberté, mais la responsabilité financière de l'éducation, de l'habillement ou de l'alimentation des enfants n'en incombe pas moins toujours au père. Enfin, en matière de succession, comme l'ont souligné les avocates Sultana Fadhil et Sumaya Athman, alors que les femmes kényanes luttent toujours pour la reconnaissance de leur droit à hériter, les musulmanes en jouissent depuis des siècles⁶⁶⁷. Il est intéressant de relever que des femmes ont beaucoup insisté sur ce point, alors que l'opinion courante les considère souvent comme dénuées de droit au regard de la règle coranique. De manière objective, il est donc difficile de déterminer si le droit islamique, en soi, discrimine les femmes dans la mesure où, comme l'a expliqué Amina Bashir, ses dispositions correspondent à une certaine logique, parfois difficilement

⁶⁶³ *Daily Nation*, 27/04/07, p. 4: « *North Eastern leads in divorce and polygamy* ».

⁶⁶⁴ D'après l'article 171 du Code Pénal, la bigamie est considérée comme un crime, ce qui n'empêche pas la pratique de demeurer assez répandue.

⁶⁶⁵ POULTER, S., 1990, *op. cit.*, pp. 147-166.

⁶⁶⁶ En droit musulman, le responsable légal est toujours le père ou, s'il est décédé, son testamentaire.

⁶⁶⁷ Sultana Fadhil avait aussi été déléguée lors de la Conférence Nationale Constitutionnelle, tenue aux *Bomas of Kenya*. Entretien réalisé à Mombasa, le 12 janvier 2006. Entretien avec Sumaya Athman, réalisé à Nairobi, le 20 septembre 2006.

compréhensible pour les fidèles d'autres confessions⁶⁶⁸. D'ailleurs, les malentendus relatifs au droit de l'islam paraissent courants et Werner F. Menski souligne à juste titre que le respect de la loi islamique ne doit pas se confondre, comme c'est pourtant souvent le cas, avec le récent phénomène d'islamisation politique. Au Kenya, les musulmans ne constituent qu'une minorité numérique, mais ils représentent un groupe visible et omniprésent. C'est pourquoi, leur permettre de continuer à jouir du système juridique islamique en tant que partie intégrante d'une législation pluraliste correspond à un moyen de limiter les tensions entre l'État et cette population⁶⁶⁹.

c. Un symbole de la reconnaissance du pluralisme juridique dans une société multiculturelle.

Dans son article consacré au problème de l'adoption d'un Code Civil unique en Inde, Werner F. Menski, s'interrogeant sur la viabilité d'un droit qui serait uniforme dans une société multiculturelle, estime que les débats relatifs au pluralisme juridique sont symptomatiques d'un sentiment croissant selon lequel l'uniformité du droit serait un concept occidental, inadapté aux systèmes complexes des pays du sud⁶⁷⁰. Il importe donc de se demander en quoi une législation unifiée s'avère nécessaire à une société ou en quoi le pluralisme juridique représente une exigence dans un contexte d'hétérogénéité sociale et culturelle⁶⁷¹. Sur le même thème, Norbert Rouland explique aussi qu'il paraît difficile de croire au « *mythe juridique moniste* », dans la mesure où, même dans les sociétés occidentales, les minorités ethniques appliquent de fait, dans certaines situations, un droit qui leur est propre⁶⁷². En ce qui concerne le Kenya et la diversité religieuse, même si les tribunaux de Kadhis étaient supprimés, il est fort probable que les musulmans continueraient à appliquer leur propre droit et se marieraient, divorceraient ou hériteraient toujours conformément aux règles du droit coranique, ne le faisant plus auprès d'une cours de justice, mais de manière informelle, en cherchant conseil auprès de cheikhs ou de lettrés musulmans. Pour l'État, une telle situation serait toutefois fort peu souhaitable, puisqu'il n'aurait plus aucun moyen de contrôle sur cet exercice « souterrain » de la justice. Or, dans une certaine mesure, le pluralisme juridique constitue un défi à la toute puissance législative de l'État car,

⁶⁶⁸ Entretien réalisé à Nairobi, le 19 octobre 2005.

⁶⁶⁹ MENSKI, W.F., « The Reform of Islamic Family Law and a Uniform Civil Code for India », in MALLAT, C. et CONNORS, J. (eds.), 1990, *op. cit.*, pp. 253-293.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, pp. 253-293.

⁶⁷¹ BOTIVEAU, B., 1993, *op. cit.*

⁶⁷² ROULAND, N., 1988, *op. cit.*, p. 78.

ainsi que le souligne René Otayek au sujet de l'application de la loi coranique au Kenya, au Sénégal ou au Nigeria :

« Pour peu qu'on admette, en effet, que la principale fonction du droit est de discriminer un groupe par rapport aux autres, et de le doter d'une identité collective au moyen d'instruments juridiques propres (lois, normes, organisation judiciaire, etc.), on voit bien qu'il s'agit là d'un enjeu central pour les musulmans et pour l'État-nation, dont l'hégémonie passe par l'homogénéisation du champ juridique »⁶⁷³

Cependant, comme l'explique encore Norbert Rouland, l'État peut chercher à contenir ce pluralisme, soit en tentant de l'éliminer complètement, soit en en reconnaissant certaines manifestations, par l'octroi d'un statut particulier aux minorités ethniques ou religieuses⁶⁷⁴. Au Kenya, le pouvoir a donc tout intérêt à ce que le droit coranique soit mis en œuvre par des tribunaux dont les juges sont des officiers gouvernementaux car, par ce biais, il reste maître de la portée et de l'exercice de cette législation. Selon la même logique, dans un article relatif à la juridiction des tribunaux de droit musulman en Indonésie, Mark Cammack explique que, depuis la fin des années 1980, le régime indonésien a permis le renforcement de ces institutions, dans une démarche qui lui permet de s'approprier le pouvoir de déclarer quelle partie de la loi coranique est reconnue et donc d'en contrôler l'application⁶⁷⁵. C'est pourquoi, au Kenya, malgré l'ampleur de la controverse sur la question, la suppression des juridictions kadhiales de la Constitution n'a sans doute jamais été sérieusement envisagée.

Toutefois, l'existence de ces institutions représente toujours un défi pour le pouvoir dans la mesure où, par leur utilisation, les musulmans expriment l'idée qu'ils se font des limites de la juridiction de l'État et de la signification qu'ils donnent à la citoyenneté. Sur cette question, Fatma Hyder, qui a participé à la *Muslim Task Force on Constitutional Review*, a par exemple affirmé :

« En tant que musulmans, nous sommes d'abord musulmans et ensuite des individus. Par exemple, je suis d'abord une musulmane et ensuite une kenyane. Ainsi, les autres doivent me respecter en tant que musulmane et me donner l'espace pour pratiquer ma religion »⁶⁷⁶

⁶⁷³ OTAYEK, R., 2000, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁷⁴ ROULAND, N., 1988, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁷⁵ CAMMACK, M., « Indonesia's 1989 Religious Judicature Act. Islamization of Indonesia or Indonesianization of Islam? », in SALIM, A. et AZRA, A. (eds.), *Shari'a and Politics in Modern Indonesia*, Singapore : Institute of Southeast Asian Studies, 2003, pp. 96-124.

⁶⁷⁶ « As Muslims, we are Muslims first and individuals second. For instance, I am a Muslim first and secondly a Kenyan. So, somebody has to respect me as a Muslim and give me space to practice my religion ». Entretien réalisé à Nairobi, le 22/09/06.

Gilles Verbunt estime que l'État, mais aussi la religion « *exigent une adhésion sans faille, totale ou totalisante, sinon totalitaire* »⁶⁷⁷, parfois porteuse de conflits entre les règles qui privilégient soit la cohésion nationale, soit la cohésion d'un milieu, soit la liberté individuelle⁶⁷⁸. Il importe donc de savoir jusqu'où les musulmans peuvent prétendre à l'autonomie juridique dans un État non islamique. Sur ce point, l'analyse de Jürgen Habermas sur la difficile conciliation entre les principes constitutionnels et la diversité des identités fournit un éclairage intéressant. D'après lui, l'une des fonctions de la Constitution dans une société pluraliste consiste à exprimer un consensus formel : elle établit les rapports de reconnaissance réciproque entre les individus, dans lesquels chacun peut espérer être respecté par tous comme sujet libre et égal⁶⁷⁹. Développant le concept de « *patriotisme constitutionnel* », il explique que les principes contenus dans la Loi Fondamentale, pour prendre racine, doivent correspondre aux motivations et aux mentalités des citoyens et que la coexistence entre diverses communautés linguistiques, culturelles ou religieuses peut être facilitée par l'octroi de droits spécifiques ou par l'autonomie culturelle de certains individus, tant que ceci ne se fait pas au prix d'une fragmentation de la société⁶⁸⁰. Jürgen Habermas penche donc en faveur de la reconnaissance de statuts juridiques différenciés, afin que chaque groupe particulier puisse se sentir reconnu et solidaire de l'État.

À titre d'exemple, en étudiant le cas de l'Inde, A.M. Bhattacharje explique que le droit personnel islamique ne serait pas inconstitutionnel, parce que les différentes communautés gouvernées par des législations distinctes ne sont pas uniquement spécifiques en ce qui concerne leur religion, mais également au regard de leur culture, de leur histoire, de leurs habitudes sociales ou de leur développement éducatif. Si la logique était poussée à l'extrême, dans une société plurielle du point de vue culturel et religieux, telle qu'au Kenya, la reconnaissance des droits des différents cultes pourrait aller au-delà de la seule acceptation de statuts personnels spécifiques. Les lois d'un tel État pourraient même considérer la place de l'éducation religieuse dans les institutions publiques d'enseignement, la reconnaissance de valeurs bancaires particulières en ce qui concerne l'islam, ou bien encore la définition de divers jours de culte. Au Kenya, l'Aïd est ainsi une fête nationale et plusieurs banques ont

⁶⁷⁷ VERBUNT, G., *La société interculturelle. Vivre la diversité humaine*, Paris : Seuil, 2001, pp. 50-51.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 96.

⁶⁷⁹ HABERMAS, J., 1996, *op. cit.*

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 140.

depuis peu introduit des services respectant les principes coraniques⁶⁸¹. De cette manière, le pluralisme juridique engendré par la reconnaissance de différents droits peut constituer un moyen de prise en considération de groupes perçus comme minoritaires.

Étant invoqué comme partie intégrante de la foi religieuse, le droit personnel signifie également pour les musulmans une revendication politique, la prétention à une différence et un moyen de maintenir l'intégrité du groupe et ses valeurs culturelles⁶⁸². Comme l'indiquent Arskal Salim et Azyumardi Azra dans leur étude sur l'Indonésie, la législation islamique recoupe cinq niveaux : le statut personnel, la réglementation des questions économiques, les pratiques religieuses obligatoires, la loi criminelle et l'utilisation de l'islam comme guide de gouvernement⁶⁸³. Or, dans un État non islamique, il paraît impossible pour les musulmans d'être gouvernés par un système juridique entièrement dérivé des principes coraniques, dans la mesure où les fidèles possèdent des obligations vis-à-vis du pouvoir non confessionnel⁶⁸⁴. Bien souvent, les musulmans estiment qu'ils doivent respecter le droit de l'État, tant que ce dernier ne menace pas les principes essentiels de l'islam lorsque leur vie personnelle est concernée. René Otayek explique d'ailleurs que le pluralisme culturel n'est pas un problème en soi au regard de la construction démocratique, mais que des difficultés peuvent surgir lorsque cette diversité est politisée à outrance, « *lorsque l'ethnicité (ou la religion) devient un instrument d'exclusion ou de discrimination* »⁶⁸⁵. De façon plus symbolique, le droit personnel, outre son caractère juridique, recouvre une importante dimension identitaire, participant de l'affirmation d'une communauté distincte, mais permettant aussi de protéger la culture de la collectivité islamique, face aux craintes d'assimilation au groupe majoritaire. C'est pourquoi la défense de la loi coranique et des institutions en charge de son application correspond à un désir d'affirmation religieuse, qui se manifeste encore par des prétentions à parler au nom des droits de « majorité » ou de « minorité »⁶⁸⁶.

⁶⁸¹ En 2007, pour la toute première fois, une banque commerciale opérant entièrement d'après les principes de la charia a reçu licence pour ouvrir des agences au Kenya. De plus, la *Barclays' Bank of Kenya* et la *Kenya Commercial Bank* offrent des services qui respectent les préceptes coraniques en matière bancaire. *Daily Nation*, 22/05/06, p. 17 : « *Barclays forms team to oversee La Riba account* » ; *The Standard*, 31/05/07, p. 24 : « *Islamic Bank gets ministry approval* ».

⁶⁸² NARAIN, V., 2001, *op. cit.*

⁶⁸³ SALIM, A. et AZRA, A. (eds.), *Shari'a and Politics in Modern Indonesia*, Singapore : Institute of Southeast Asian Studies, 2003, p. 145.

⁶⁸⁴ KRISHNA, G., 1986, *op. cit.*, p. 367.

⁶⁸⁵ OTAYEK, R., 2000, *op. cit.*, p. 107.

⁶⁸⁶ NARAIN, V., 2001, *op. cit.*

Ici, se pose tout d'abord une question pratique, tenant à l'éventuelle définition des musulmans du Kenya comme une minorité religieuse. Le concept de « minorité » peut s'analyser d'un point de vue quantitatif, comme une idée construite sur le rapport qui existe entre un groupe minoritaire et un autre, majoritaire⁶⁸⁷. Mais la notion peut être entendue dans un sens plus sociologique, lorsqu'un groupe, qui n'apparaît pas forcément faible démographiquement, se perçoit comme minoritaire, dans une situation de subordination face à l'État⁶⁸⁸. Au Kenya, les fidèles ou leurs leaders religieux instrumentalisent la notion, tantôt en surestimant leur proportion au sein de la population, tantôt en demandant des protections spéciales en raison de leur infériorité quantitative. Or, si les musulmans kenyans constituent une minorité numérique, il n'est pas certain que ce qualificatif puisse leur être appliqué du point de vue sociologique. En effet, les droits relatifs à la pratique de leur foi ne sont ni menacés, ni prohibés et malgré leurs accusations récurrentes de marginalisation et de discrimination, ils ne se trouvent pas assujettis en raison de leur confession⁶⁸⁹. Toutefois, certaines dispositions peuvent être envisagées pour garantir le respect de leurs droits, dans un environnement qui pourrait leur sembler hostile. La reconnaissance de lois spécifiques en matière de droit personnel représente l'un des moyens les moins controversés, dans la mesure où une telle concession n'affecte pas l'ensemble de la société, mais seule une partie de ses membres. D'après Michael O. Mastura, le développement d'un système de droit musulman constitue ainsi une forme d'adaptation à une autorité politique établie et dont l'objectif est d'instituer un cadre juridique « moderne », tout en reflétant l'expérience de minorités musulmanes dans leurs efforts d'adaptation et de lutte communautaire⁶⁹⁰. Parallèlement, pour ces populations qui se sentent parfois menacées par une assimilation au groupe majoritaire, l'importance du droit paraît fondamentale pour la préservation de leur identité car, ainsi que l'explique Bernard Lamizet, « *L'idée même d'un droit consiste dans la reconnaissance*

⁶⁸⁷ Ainsi, les musulmans vivant dans un environnement non musulman ont tendance à être qualifiés de « minorités », mais le terme a une forte connotation et peut induire en erreur. ROFF, W.R., « Afterword : The Comparative Study of Muslim Societies », in MANGER, L. (dir.), *Muslim Diversity. Local Islam in Global Contexts*, Richmond : Curzon Press, 1999, pp. 244-256.

⁶⁸⁸ Cette analyse a été particulièrement influencée par les travaux de l'historien Benedict Anderson et sa notion de « communautés imaginées ». ANDERSON, B., 1991, *op. cit.*

⁶⁸⁹ Pour paraître totalement objectif, il convient tout de même de noter que les musulmans se prétendent souvent harcelés par les autorités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, ce qui a d'ailleurs causé plusieurs incidents et des protestations de la part de différentes organisations islamiques. Mais il n'est pas certain que cela suffise à les qualifier de « minorité » religieuse. Sur le « harcèlement » des musulmans par les pouvoirs publics, voir notamment : *Sunday Nation*, 29/04/07, p. 7 : « *Apologise, leaders tell police boss* » ou *Daily Nation*, 01/05/07, p. 25 : « *Speak out on harassment, say Muslims* ».

⁶⁹⁰ MASTURA, M.O., « The Status of Muslim Personal Law in Selected Non-Muslim Countries », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, January 1985, Vol. VI, n° 1, pp. 114-126.

mutuelle d'une identité semblable – ce que l'on nomme un statut semblable »⁶⁹¹. Les revendications en vue d'une reconnaissance du droit coranique et des tribunaux de Kadhis reflètent donc, de manière consciente ou non, une volonté d'affirmation de son identité propre en tant que musulman.

3) Un enjeu identitaire ? L'impact de la question des tribunaux de Kadhi sur l'issue du référendum constitutionnel de novembre 2005.

Curieusement, tant une majorité de musulmans que de chrétiens ont semblé unis pour rejeter le projet Wako, au motif qu'il représentait une altération du texte adopté à Bomas⁶⁹². La plupart des groupes d'intérêt se sont pourtant accordés sur le fait que le projet de Constitution était globalement bon, reconnaissant que 70 à 80% de son contenu reflétait les aspirations des citoyens⁶⁹³. Mais certains points, parmi lesquels figuraient les tribunaux de Kadhis, ayant soulevé des mécontentements, le texte a été rejeté. Comme l'expliquent Lucy W. Maina, Fuchaka Wasma et Susan Waiyego dans leur article consacré en partie au référendum de 2005, les résultats de cette consultation populaire exprimaient en réalité une myriade d'intérêts plutôt qu'un rejet du document en lui-même. Ces préoccupations pouvaient se répartir selon cinq catégories principales : les aspirations des groupes minoritaires et ethniques, les souhaits des organisations confessionnelles, les intérêts politiques personnels, la domination des partis d'opposition et les intérêts divergents de la *National Alliance of Kenya* (NAK) et du *Liberal Democratic Party* (LDP)⁶⁹⁴. Comme indiqué plus tôt, les responsables religieux représentent une autorité morale très influente au Kenya et le rejet du projet de Constitution par les leaders des deux principaux monothéismes du pays a eu un impact fondamental sur l'issue du référendum. Le résultat de la consultation populaire apparaît aussi révélateur du manque de confiance des citoyens sur la façon dont le Gouvernement et l'État étaient gérés. Le scrutin, qui a, pour la première fois dans l'histoire du Kenya, donné l'opportunité aux *Wananchi* de se prononcer directement sur un texte législatif, n'a donc pas

⁶⁹¹ LAMIZET, B., *Politique et identité*, Lyon : Presses Universitaires de Lyon, 2002, p. 49.

⁶⁹² *Katiba News*, Août 2005, pp. 6-8 : « *Religion: The bone of contention in the draft Constitution* ».

⁶⁹³ MAINA, L.W., WASMA, F. et WAIYEGO, S., « Pitfalls in Constitution-Making in Kenya: Experiences from Bomas and the 2005 National Referendum », in CHARTON, H. et MÉDARD, C. (dir.), *L'Afrique orientale. Annuaire 2005*, Paris : L'Harmattan, 2007, p. 115.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 123. La *National Alliance of Kenya* (NAK) était une coalition de quatorze partis politiques, dont le (DP), présidé par Mwai Kibaki. Elle s'est alliée au *National Democratic Party* (NDP), pour former la *National Rainbow Coalition* (NARC), qui a remporté les élections générales de décembre 2002. Mais l'accord conclu dans la préparation du scrutin de 2002 a été rompu par Mwai Kibaki, ce qui explique pourquoi d'anciens membres du LDP, tels que Raila Odinga et Kalonzo Musyoka se sont opposés au projet Wako, plus qu'en raison du contenu du texte lui-même.

échoué en raison de son contenu, mais surtout à cause de la corruption, du chômage, du manque d'infrastructures, de la mauvaise gestion des deniers publics et des désillusions générales face à la politique du nouveau Gouvernement. Ainsi que le souligne Adams Oloo, dans les faits, la plupart des citoyens kenyans n'ont d'ailleurs jamais lu le projet, mais ont voté sur la base de leur déception à l'égard du pouvoir⁶⁹⁵.

Du point de vue de la participation, Adams Oloo insiste encore sur un changement fondamental, expliquant qu'avant les élections de 1997, les citoyens ne se rendaient pas aux urnes en grand nombre, alors qu'ils se sont massivement engagés dans le cadre des enquêtes de la CKRC et lors du référendum de novembre 2005. Il est vrai que la campagne précédant la consultation a été très intense, opposant le camp gouvernemental, symbolisé par la banane, aux adversaires du projet, utilisant l'orange comme emblème. Cependant, tout comme les débats de la Conférence Nationale Constitutionnelle, les meetings précédant le référendum ont été marqués par la passion et la controverse, sans que les arguments ne soient toujours très objectifs. Beaucoup ont, par exemple, prétendu que l'adoption du projet Wako aurait conduit à la suppression des tribunaux de Kadhis, ce qui a pu inciter de nombreux musulmans à rejeter le texte. Il n'est pas non plus certain que les Kenyans, quelle que soit leur confession, aient réellement voté en connaissance de cause et il convient de s'interroger, dans le cas des musulmans, sur l'impact qu'a pu avoir la question des tribunaux de Kadhis et, de façon plus générale, sur la manière, d'une part, dont les leaders ont influencé les fidèles et, d'autre part, dont l'islam a pu être invoqué comme un enjeu rassembleur.

a. La mobilisation des musulmans contre le projet Wako : luttes de leadership et question de légitimité.

Les leaders chrétiens ont utilisé la thématique des tribunaux de Kadhis pour condamner l'ensemble du projet Wako. Par exemple, la *Kenya Church* a appelé ses fidèles à rejeter le texte, si les mots « Kadhi », « musulman », « islam » ou « *Mohamedan* » y apparaissaient, quelle que soit par ailleurs la qualité de son contenu⁶⁹⁶. Mais ce sont principalement les musulmans, insatisfaits des dispositions relatives à leurs juridictions, qui

⁶⁹⁵ OLOO, A., « Contested Terrain : The Politics of Citizenship and Constitutionalism in Kenya », in CHARTON, H. et MÉDARD, C. (dir.), 2007, *op. cit.*, pp. 95-96.

⁶⁹⁶ « *Beware!!! Kadhi's Courts are the starting point for the Islamic Agenda* ». Document produit par la *Kenya Church*, mis à ma disposition par Major Patrick M. Musibi, Coordinateur de recherche, stratégie et formation de la « *Task Force* » de la *Kenya Church* sur la Réforme Constitutionnelle, rencontré à Nairobi, 27/04/06.

ont mobilisé leurs coreligionnaires autour de ce thème. Avant le référendum, divers responsables islamiques se sont prononcés contre le projet. Une équipe d'experts juridiques musulmans, consultée sur la question, a par exemple avancé qu'accepter la Constitution constituerait un danger pour l'existence des tribunaux de Kadhis et renforcerait les pouvoirs du Président. Ces experts affirmaient en outre que le texte ne reflétait pas les pensées des Kenyans exprimées à la CKRC et faisaient part de leur inquiétude sur la façon dont plusieurs questions, telles que la délégation de pouvoirs ou les droits des minorités et des communautés marginalisées y étaient traitées⁶⁹⁷. Les leaders musulmans ne se sont donc pas opposés au projet en raison de leur seul mécontentement quant au statut accordé aux juridictions kadhiales. Par exemple, le *Friday Bulletin*, une lettre d'information publiée chaque vendredi par la mosquée *Jamia*, a invoqué onze motifs de rejet de la Constitution, parmi lesquels figurait le fait que le nouveau texte ne reposait plus sur la souveraineté du peuple, ne protégeait pas suffisamment les droits des citoyens, oubliait les communautés minoritaires et marginalisées, accordait des pouvoirs trop importants au Président ou ne comportait plus de disposition sur la dévolution de pouvoir. Il était encore reproché au document d'être trop politique, de ne pas faire la promotion des femmes, de ne pas imposer d'engagement du Gouvernement envers ses obligations, de garantir le contrôle de la terre par le pouvoir central, et de comporter de nombreuses dispositions controversées, en particulier celle relative aux « tribunaux religieux »⁶⁹⁸. Tout au long de la campagne référendaire, des réflexions ont d'ailleurs été publiées dans cette lettre d'information par diverses organisations islamiques. En novembre 2005, à quelques jours seulement de la consultation populaire, la « *Muslim Taskforce* » y appelait, par exemple, les fidèles à rejeter le texte proposé par l'*Attorney General*, expliquant :

« (...) Le *National Muslim leaders' Forum* a réalisé un audit complet du projet Wako, au sujet de ses conséquences sur l'*Ummah* musulmane et ses intérêts. Après d'intenses consultations avec toutes les personnes engagées dans le processus, le leadership a unanimement conclu au rejet du Projet de Nouvelle Constitution. La décision a été influencée par le fait que les nouvelles lois (en plus de l'illégalité du processus et des imperfections contenues dans le document) auront un impact négatif sur la communauté. Les aspirations de la communauté ont été ignorées et certaines des lois proposées étaient contraires aux doctrines islamiques. C'est à la lumière de cette décision que le *National Muslims Leaders Forum* saisit cette opportunité pour

⁶⁹⁷ *Friday Bulletin*, 09/09/05, pp. 1-2 : « *It is a BIG NO from Muslims* ».

⁶⁹⁸ *Friday Bulletin*, 18/11/05, p. 8 : « *11 reason why should say 'NO'* ». Ce bulletin reflète bien l'opinion majoritaire des leaders musulmans et représente une ressource très influente de formation de l'opinion des fidèles. Distribué chaque vendredi après la grande prière, à la mosquée *Jamia*, le Bulletin est lu par des milliers de fidèles. Il est largement utilisé par les leaders religieux, lorsqu'ils souhaitent exprimer des messages politiques.

encourager tous les musulmans à se rendre en grand nombre aux urnes et à voter lors de l'exercice référendaire (21 novembre 2005) de façon à garantir que la volonté du peuple triomphe en ce jour. Il est impératif pour tous les musulmans de considérer cette activité comme un *Jihad* contre les forces démoniaques qui veulent imposer aux masses une Constitution impopulaire, une Constitution qui perpétuera la marginalisation et la maltraitance de l'*Ummah* musulmane dans le pays. Le temps est venu pour nous d'exprimer notre mécontentement à travers des actions concrètes et ceci se fera par l'utilisation du vote »⁶⁹⁹

De même, les membres du *Majlis ul Ulama* (Conseil des Lettrés Musulmans) ont pris position contre le projet Wako. Ils ont initié une vaste campagne d'information dans différentes mosquées du pays pour inciter les musulmans à s'inscrire sur les listes électorales et à voter contre le texte⁷⁰⁰. Cette prise de position est significative, dans la mesure où le conseil, à l'origine, avait plutôt été établi comme un organe chargé de conseiller les fidèles sur des questions relatives à leur foi ou à leur vie quotidienne. Or, dans ce cas précis, il s'est prononcé sur une question politique, en raison de l'importance qu'avait pris le thème des juridictions kadhiales. Par ailleurs, plusieurs leaders musulmans ont décidé de rejeter le projet car ils accusaient l'*Attorney General*, Amos Wako, d'avoir remplacé les articles élaborés et très détaillés qui figuraient dans le projet Bomas par une clause sur des « tribunaux religieux », beaucoup plus courte et floue. Leur principale crainte était que le projet ne facilite la suppression de ces institutions ou n'assimilent leurs tribunaux à d'autres juridictions religieuses. Lors d'une conférence de presse tenue à la mosquée *Jamia* le 9 septembre 2005, Sheikh Khalfan Khamis, le Président du *Majlis ul Ulama*, a d'ailleurs déclaré qu'« *il n'y a pas de tribunaux de Kadhis dans le projet Wako. Ils ont été inclus seulement de façon nominale, pour tromper les musulmans* »⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ « *The National Muslim leaders's Forum conducted a comprehensive audit of the Wako draft with regard to its effect on the Muslim Ummah and its interests. After extensive consultations with all stakeholders to the process the leadership unanimously arrived at the verdict to REJECT the Proposed New Constitution. This decision was informed by the fact that the new laws (in addition to the illegality of the process and the flaws in the document) will negatively impact on the community. The interests of the community had been ignored and some of the proposed laws were against Islamic doctrines. It is in light of this decision that the National Muslim Leaders Forum takes this opportunity to urge all Muslims to turn out in large numbers and cast their votes during the referendum exercise (21st November 2005) in order to ensure that the will of the people carries the day. It is imperative for all Muslims to view this activity as a Jihad against the evil forces who want to impose an unpopular constitution on the masses, a constitution which will effectively continue the marginalization and mistreatment of the Muslim Ummah in the country. Time has come when we need to express our displeasure with real actions and that is by using our power of the vote* », Friday Bulletin, 18/11/05, p. 7 : « *Message to all Muslims from the Muslim Taskforce on Referendum* ».

⁷⁰⁰ *The Standard*, 02/11/05, p. 6 : « *Muslim scholars reject the Wako Bill* ».

⁷⁰¹ « *There are no Kadhis' courts in the Wako Draft. They have been included only in name to hoodwink Muslims* », Friday Bulletin, 16/09/05, pp. 1-2 : « *Muslims to Lose Big in Wako Draft* ».

Si la majorité des responsables musulmans se sont prononcés contre le projet Wako, certains d'entre eux, très minoritaires, se sont montrés favorables au texte. Une délégation dirigée par Sheikh Juma Ngao, le Président de la branche du SUPKEM à Mombasa, et Sheikh Ahmed Mohammed Msallam, un Imam de Nairobi, s'est, par exemple, rendue à la *State House* de Mombasa pour rencontrer le Président Mwai Kibaki et lui exprimer son soutien au projet de Constitution qui, d'après elle, prenait soin des intérêts des fidèles⁷⁰². Ahmed Mohammed Msallam, qui prétend par ailleurs être le seul lettré musulman à avoir soutenu le projet Wako, a affirmé que, selon lui, la plupart des arguments invoqués par les opposants au document étaient dénués de fondement. Il a notamment expliqué que l'idée selon laquelle le texte aurait légalisé les mariages homosexuels et l'avortement a eu un impact psychologique très important sur la population kenyane en général, et sur les musulmans en particulier⁷⁰³. La visite du cheikh et de Juma Ngao à *State House* a toutefois été critiquée par le CIPK et par le Chief Kadhi, considérés comme partisans d'un rejet du texte⁷⁰⁴. Il était d'ailleurs assez délicat, semble-t-il, pour les leaders musulmans de se positionner en faveur du projet et, par exemple, lors d'une visite pour la campagne du « Oui » dans la Province du Nord-Est, le député Hussein Maalim Mohammed a reçu des jets de pierres car il paraissait insensé qu'un musulman puisse soutenir un document qui, selon la perception commune, ne respectait pas les institutions de droit coranique⁷⁰⁵. Ceci explique en partie pourquoi le SUPKEM, en dehors des prises de position individuelles de certains de ses membres, s'est refusé à émettre la moindre déclaration publique pour ou contre le projet Wako. En réalité, cependant, selon Sheikh Juma Ngao, la majorité des membres du conseil étaient favorables au texte⁷⁰⁶. De même, Al-Hajj Yussuf Murigu a expliqué que le secrétaire général du SUPKEM, étant proche du Gouvernement, aurait été partisan de la résolution. Mais étant donné qu'une majorité de musulmans semblait opposée au projet, le SUPKEM a choisi de ne pas donner de consigne de vote⁷⁰⁷. Les conséquences de ce refus de prendre parti sur la légitimité et sur la perception du SUPKEM semblent difficiles à évaluer. Al-Hajj Yussuf Murigu estime que de nombreux musulmans ont alors jugé le Conseil comme trop lié au Gouvernement et lui ont reproché de ne pas avoir suivi la majorité des responsables religieux, qui appelaient à rejeter le projet

⁷⁰² *Saturday Nation*, 12/11/05, p. 5 : « Muslim leaders back draft ».

⁷⁰³ Entretien avec Sheikh Ahmed Mohammed Msallam, Nairobi, le 17 mai 2007.

⁷⁰⁴ *The Standard*, 12/11/05, p. 4 : « Kibaki wants issuance of IDs, bith card hastened ».

⁷⁰⁵ Entretien avec Amina Bashir, Nairobi, le 28 novembre 2006.

⁷⁰⁶ Entretien réalisé à Mombasa, le 16 mai 2006.

⁷⁰⁷ Entretien avec Al-Hajj Yussuf Murigu, Nairobi, le 5 décembre 2006.

Wako⁷⁰⁸. En revanche, Hassan Mwakimako pense que le groupe en est sorti renforcé, car de nombreux fidèles se sont tournés vers lui pour obtenir un avis non partisan⁷⁰⁹.

Dans une certaine mesure, l'absence d'une opinion unique des organisations islamiques sur cette question révèle les difficultés à dégager un leadership clair au sein de la communauté musulmane. Denis-Constant Martin, dans une présentation relative aux identités politiques, souligne bien en quoi le rôle du leadership est essentiel dans la formation de l'identité et de son expression politique, expliquant que :

« Pour se manifester autour du pouvoir, les ensembles humains ne peuvent rester informels. Ils doivent se doter d'organisations qui vont s'efforcer de mobiliser des soutiens en proclamant, dans les cas qui nous occupent ici, une identité destinée à ressembler en même temps qu'elle distingue des Autres, généralement représentés comme menaçants et, de ce fait, désignés à l'hostilité. Dès lors, l'identité peut acquérir une dimension idéologique : elle théorise la différence, légitime la dévalorisation de l'Autre ou l'hostilité à son endroit, afin de faire de l'identité une force politique (...). Car il revient, semble-t-il, à des individus de proclamer l'identité, de s'en faire les hérauts, les hauts parleurs, de sorte qu'elle suscite la communauté et rassemble les hommes dans des organisations »⁷¹⁰

Le rôle des responsables politiques demeure bien sûr primordial dans ce domaine, mais d'autres individus tels que les intellectuels, les leaders religieux ou les militants peuvent contribuer à la formation de l'identité. Or, la question est alors pour ces leaders de dégager la voix authentique de la « communauté » qu'ils prétendent représenter en déterminant en quoi ils peuvent légitimement parler en son nom, d'autant plus que divers groupes ou individus peuvent aspirer à cette « hégémonie ». La question se pose avec une acuité particulière dans l'islam sunnite, où il n'existe pas de clergé comme c'est le cas pour la chrétienté, ni même de leader à l'exemple de l'Imam des Chiites. Historiquement, au Kenya, le leadership musulman se basait plutôt sur le charisme, les origines ou les ressources de certains. Ce n'est qu'après les indépendances que des conseils musulmans nationaux, tels que le SUPKEM, furent mis en place dans les trois pays d'Afrique orientale⁷¹¹. Ils ont alors fait émerger un leadership censé renforcer le sentiment d'identité des fidèles, à travers des porte-parole identifiés⁷¹². Après

⁷⁰⁸ Entretien réalisé à Nairobi, le 5 décembre 2006.

⁷⁰⁹ Entretien réalisé à Nairobi, le 7 octobre 2005.

⁷¹⁰ MARTIN, D.-C., *Les identités et le Politique. Introduction. Des identités à l'identité. Comment saisir les identités en politique ?*, Colloque Cartes d'Identité, 26-27 mars 1992, CERI, Paris, p. 8.

⁷¹¹ L'équivalent tanzanien du SUPKEM s'appelle *Baraza Kuu Waislamu wa Tanzania* (Bakwata) et en Ouganda l'organe de représentation nationale des musulmans se nomme *Uganda Muslim Supreme Council* (UMSC).

⁷¹² CONSTANTIN, F., « Leadership, Muslim Identities and East African Politics. Tradition, Bureaucratization and Communication », in BRENNER, L. (ed.), 1993, *op. cit.*, pp. 42-53.

l'indépendance, le SUPKEM a donc été considéré comme la voix et le représentant des fidèles sur la scène politique, apparaissant, ainsi que le souligne François Constantin comme une organisation bureaucratique, au sens où l'entend Max Weber, c'est-à-dire une institution dont le but est de renforcer la légitimité et l'effectivité du pouvoir⁷¹³. L'objectif du SUPKEM, à sa création, était de coordonner, de réguler et de centraliser les diverses activités liées à l'islam au Kenya, dans le cadre d'une structure unique. De façon statutaire, son rôle se limite aux affaires séculières et le Conseil n'est pas censé se prononcer sur les questions religieuses ou même sur les problèmes de droit musulman. Pourtant, sa légitimité et son impact social semblent bien limités par rapport à ses ambitions. Le SUPKEM est, par exemple, souvent accusé d'être une organisation trop politique et son utilité ne paraît pas toujours évidente aux fidèles, ces derniers ne comprenant pas bien le rôle de l'organisation. Sa position est encore entachée par sa proximité avec le Gouvernement, le groupe étant considéré comme un conseil centralisé, lié à l'État et donc compromis au sein du système politique. Dans les faits, le SUPKEM semble d'ailleurs plus servir d'instrument pour atteindre un certain prestige personnel, le profit et le pouvoir, et comme une institution faisant partie intégrante du système corrompu de gouvernement⁷¹⁴. Sa légitimité a encore été mise à mal au moment du processus de révision constitutionnelle, en raison de la naissance d'une multitude d'associations concurrentes, affirmant aussi s'exprimer au nom et pour l'intérêt des fidèles. D'ailleurs, alors que le Conseil s'est refusé à prendre une position publique, la plupart des autres groupes, en appelant à voter « Non » lors du référendum, ont revendiqué le leadership sur la population islamique.

Tout comme le *Majlis-ul-Ulama*, pour la toute première fois, le CIPK s'est posé en groupe d'influence politique, invitant ouvertement les fidèles à rejeter le projet Wako. De même, le *National Muslims Leaders Forum*, ainsi que l'a affirmé son Président Abdullahi Abdi, s'est institué comme un groupe représentant les responsables musulmans et l'ensemble des organisations islamiques du pays, pour exprimer la voix des fidèles⁷¹⁵. De ce point de vue aussi, les prises de position du Chief Kadhi ont provoqué une controverse, en raison de son statut de fonctionnaire gouvernemental, impliquant un devoir de réserve. Or, lors d'une *baraza* (réunion publique), aux *Tresury Square Garderns* de Mombasa pour célébrer l'*Aïd-ul-Fitr*, Hammad Kassim, en poste depuis octobre 2002, aurait appelé à rejeter le projet de

⁷¹³ CONSTANTIN, F., « Muslims & Politics. The Attempts to Create Muslim National Organizations in Tanzania, Uganda & Kenya », in HANSEN, H.B. et TWADDLE, M., 1995, *op. cit.*, p. 20.

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 28.

⁷¹⁵ Entretien avec Abdullahi Abdi, Nairobi, le 13 septembre 2006.

Constitution Wako qui, d'après lui, n'était pas favorable aux tribunaux de Kadhis⁷¹⁶. Plus tard, certaines de ses déclarations ont été interprétées comme des appels aux fidèles à voter « Non » lors du référendum⁷¹⁷. Pourtant, Hammad Kassim a affirmé avoir expliqué aux différents Kadhis qu'ils devraient se montrer extrêmement prudents dans le cadre de la campagne référendaire et leur avoir demandé d'éviter de se prononcer sur le projet de Constitution⁷¹⁸. Mais il a également reconnu avoir invité les musulmans à rester unis sur la question et à suivre les conseils du *Majlis-ul-Ulama*, qui leur avait déjà recommandé de rejeter le projet Wako. Ces prises de position n'ont pas été sans soulever certaines interrogations sur l'habilité du Chief Kadhi à exprimer une opinion sur des questions politiques. Différents hommes politiques, musulmans de surcroît, ont condamné ces propos, affirmant qu'Hammad Kassim n'avait aucune autorité morale pour conseiller les musulmans sur des thèmes autres que juridiques. Par exemple, Mohamed Abdi Mahamud, alors Ministre du Développement Régional, a déclaré que le Chief Kadhi aurait dû démissionner s'il souhaitait s'engager en politique car, s'il pouvait avoir des opinions personnelles, il n'en demeurerait pas moins un fonctionnaire, n'étant pas censé donner de consignes de vote⁷¹⁹. De même, Chirau Ali Mwakwere, alors Ministre des Affaires Étrangères, a demandé le renvoi pur et simple du Chief Kadhi, après sa prise de position publique contre le projet de Constitution⁷²⁰. Pour sa défense, Hammad Kassim a affirmé que la décision d'appeler les musulmans à rejeter le projet Wako avait été prise par le *Majlis-ul-Ulama* et qu'il n'avait fait que reprendre cette exhortation, au nom de l'unité des fidèles⁷²¹. Quoi qu'il en soit, ces discours mettaient en jeu certaines personnalités aspirant au leadership moral de leur « communauté » et ces déclarations pour la défense des valeurs de l'islam correspondaient à des luttes d'influence, l'identité islamique, aussi volatile qu'elle puisse paraître, étant devenue une ressource politique.

b. La mise en jeu de l'identité musulmane comme instrument politique.

La proclamation identitaire représente l'un des moyens privilégiés de la mobilisation politique et, comme l'affirment Denis-Constant Martin ou Malek Chebel, la religion constitue l'un des cadres de base qui prédisposent l'individu à la prise de conscience de son identité

⁷¹⁶ *The Standard*, 20/09/05, p. 5 : « Kadhi says Wako Bill waters down courts' role in Judiciary ».

⁷¹⁷ *The Standard*, 05/11/05, p. 5 : « Chief Kadhi urges Muslims to reject draft ».

⁷¹⁸ Propos tenus lors d'un entretien réalisé à Mombasa le 15 mai 2006.

⁷¹⁹ *Daily Nation*, 07/11/05, p. 4 : « Resign, minister tells Chief Kadhi ».

⁷²⁰ *Daily Nation*, 09/11/05, p. 4 : « Nyong'o dares State to throw out Chief Kadhi ».

⁷²¹ *The Standard*, 07/11/05, p. 5 : « My remark on the Wako Draft is truth, says Chief Kadhi ».

politique⁷²². Cependant, il convient de ne pas abuser du terme « identité », qui se substitue parfois facilement aux termes de groupe social ou de communauté. Edmond-Marc Lipiansky explique en ce sens que :

« l'affirmation de l'identité est moins la manifestation ou le reflet de l'unité culturelle et sociale d'un groupe qu'un des moyens par lesquels ce groupe cherche à construire cette unité. Ce mythe mobilisateur propose à ses membres l'image d'une totalité unifiée au-delà des diversités réelles. L'identité n'est plus alors le fondement de l'unité d'un groupe ; elle est aussi la résultante des processus d'identification et de distinction par lesquels ce groupe cherche à fonder sa position par rapport à d'autres groupes »⁷²³

Ainsi, l'identité apparaît avant tout comme un construit, elle est plurielle, mais pas toujours exclusive. Par exemple, s'il peut exister une population musulmane, l'identité musulmane est plus conjoncturelle, en particulier dès qu'il s'agit de la mettre en relation avec l'opinion politique. Pourtant, en Afrique, la religion participe à la perception, à la formulation et à la structuration du politique et ici, il convient de s'interroger, de façon plus théorique, sur l'usage politique différencié que les acteurs peuvent faire du religieux et de son potentiel identitaire. Si l'on considère, comme Jean-François Bayart, que dans l'Afrique contemporaine, les pratiques religieuses représentent peut-être la matrice principale de la modernité post-coloniale, tant du point de vue politique qu'économique⁷²⁴, les mobilisations islamiques ne sont pas simplement le langage de revanche de groupes subordonnés ou marginalisés, mais participent au débat et au changement politiques⁷²⁵. D'après Christian Coulon, l'islam peut intervenir dans le champ politique selon deux modalités principales : soit en s'immisçant dans les débats « légitimes », en y introduisant des logiques proprement musulmanes, soit en menant des actions agressives contre l'ordre et la loi⁷²⁶. Au Kenya, mis à part les affrontements violents qui ont entouré le refus de l'enregistrement de l'IPK, c'est plus sur un mode pacifique et non agressif que se manifeste la dimension politique de l'islam. Les débats sur le droit personnel ou sur les juridictions kadhiales ont constitué un exemple de cette pénétration de thématiques islamiques dans le débat national, mettant par ailleurs en lumière l'opposition entre deux conceptions de l'État, l'islam n'acceptant que difficilement l'idée héritée de la tradition laïque européenne d'un gouvernement séculier.

⁷²² MARTIN, D.-C. (dir.), 1994, *op. cit.*, p. 24 ; CHEBEL, M., 1998, *op. cit.*, p. 198.

⁷²³ LIPIANSKY, E.-M., « Comment se forme l'identité des groupes », in RUANO-BORBALAN, J.-C. (dir.), *L'identité. L'individu, le groupe, la société*, Auxerre : Sciences Humaines Éditions, 1998, p. 146.

⁷²⁴ BAYART, J.-F. (dir.), 1993, *op. cit.*, pp. 11-15.

⁷²⁵ COULON, C., 1993, *op. cit.*, p. 22.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 24.

Les musulmans cherchent donc de plus en plus à s'insérer dans le débat politique selon ces modalités légitimes, en tâchant d'obtenir une meilleure représentation au sein des organes de l'État. De ce point de vue, il est possible de reprendre l'analyse de René Otayek sur les revendications identitaires comme instrument d'intégration politique et d'émancipation sociale. Même si son analyse porte sur les mobilisations ethniques, de même, les demandes musulmanes dans le cadre de la réforme constitutionnelle peuvent être considérées comme vecteur complémentaire aux formes « modernes » de mobilisation, en matière de participation et d'initiation aux vertus civiques⁷²⁷. L'appel à un enjeu islamique, l'avenir des tribunaux de Kadhis, a en effet constitué un élément de sensibilisation politique des fidèles car il n'est pas sûr que ces derniers se seraient autant intéressés aux débats et aux enjeux constitutionnels si la question des juridictions kadhiales n'avait pas été un thème de désaccord. Il est d'ailleurs intéressant de se demander comment les débats constitutionnels et le référendum, qui ont avant tout mis en scène le leadership musulman, ont été vécus par les fidèles de base. Malgré l'important travail d'éducation civique réalisé par la CKRC, ainsi que par diverses organisations religieuses ou de la société civile, de nombreux fidèles ont admis ne pas avoir compris les débats et le texte constitutionnels ou tout simplement ne pas s'y être intéressés⁷²⁸. Parmi ceux qui ont voté lors du référendum, il est vrai que la majorité a avoué s'être prononcée contre le projet Wako, en raison surtout de la question des tribunaux de Kadhis. Cependant, il n'est pas certain que le facteur religieux ait été le plus déterminant. Au contraire, Munir Mazrui, un militant musulman et ancien Vice-Président du SUPKEM, a estimé que le référendum était avant tout une question ethnique, mettant en jeu l'opposition classique entre les Kikuyus et les Luos, respectivement symbolisée par le Président Mwai Kibaki et l'un des leaders du mouvement Orange, le député Raila Odinga⁷²⁹.

La politique, au Kenya, demeure très ethnicisée et les musulmans, malgré l'accent mis sur l'idée de communauté de l'*Umma*, tout comme les autres Kenyans, votent le plus souvent en fonction de leur ethnie plutôt que de leur religion. D'ailleurs, Aïsha, une jeune musulmane interrogée sur son choix en novembre 2005, a déclaré avec enthousiasme :

⁷²⁷ OTAYEK, R., 2000, *op. cit.*, p. 101.

⁷²⁸ Lors des entretiens réalisés avec des justiciables, un certain nombre, plus particulièrement des femmes, ont reconnu ne pas avoir voté lors du référendum constitutionnel.

⁷²⁹ Entretien avec Munir Mazrui, Mombasa, le 11 janvier 2006.

« Vous savez, je suis une Kikuyu, alors évidemment, j'ai voté pour le 'Oui'. La plupart des Kikuyus se sont prononcés pour le 'Oui'... Nous avons juste été tribalistes, notre Président est un Kikuyu »⁷³⁰

Dans son cas, le poids de l'ethnie a été plus important que celui de la religion, puisqu'elle n'a pas voté comme l'avaient souhaité la majorité des leaders musulmans, qui avaient appelé les fidèles à rejeter le texte. L'islam demeure avant tout un comportement religieux et les diverses tentatives de mobilisations politiques ne semblent que conjoncturelles, ne se traduisant pas par un engagement durable ou digne de ce nom. Pourtant, dans le cadre de la campagne électorale, il est certain que le thème des juridictions kadhiales, devenu source de rassemblement, a largement été utilisé par les politiciens, pour capter le vote des fidèles, révélant la force mobilisatrice de l'islam lorsqu'il est invoqué comme enjeu politique. Joseph Kenny, dans son étude sur le droit islamique au Nigeria, affirme d'ailleurs que la religion est largement utilisée par les politiciens et que, même si le désir de vivre selon les prescriptions strictes de la Charia demeure faible au sein de la population, les individus se montrent toujours enclins à soutenir un homme politique qui agite le drapeau de la loi coranique, parce que c'est un symbole de l'islam et parce qu'un tel individu, qui promeut l'islam, est considéré comme pouvant soutenir les intérêts des musulmans dans l'État⁷³¹. De même, au Kenya, il est certain que tout homme politique se montrant favorable à l'islam a de fortes chances de s'attirer la sympathie des fidèles. C'est à cette fin que le thème des institutions de droit coranique a été utilisé.

Par exemple, la KANU s'est prononcée en faveur de ces tribunaux par l'intermédiaire de son Président, Uhuru Kenyatta qui, lors d'un meeting du parti, a déclaré que ces institutions étaient en place dans le pays depuis plus de cent ans et qu'elles devraient être maintenues pour sauvegarder les intérêts des fidèles⁷³². De même, en octobre 2004, Najib Balala, qui était alors Ministre de l'Héritage National, a proclamé lors de l'inauguration d'un centre d'enseignement islamique à Machakos, dans les environs de Nairobi, que selon lui, les tribunaux de Kadhis devraient demeurer dans la Constitution car ils font partie intégrante de la foi musulmane. Il a également affirmé à cette occasion que ceux faisant campagne contre ces institutions fomentaient l'intolérance, regrettant par ailleurs que certains leaders religieux provoquent la haine, alors que les différentes fois coexistent pacifiquement dans le pays⁷³³. À

⁷³⁰ Entretien réalisé à Nairobi, le 16 février 2006.

⁷³¹ KENNY, J., 1996, *op. cit.*, p. 361.

⁷³² *Friday Bulletin*, 02/05/03, pp. 1-2 : « *Muslims Vow to Retain Kadhi's Courts* ».

⁷³³ *Friday Bulletin*, 08/10/04, p. 1 : « *We Will not Budge on Kadhis' Courts, Says Balala* ».

l'époque, encore ministre du Gouvernement Kibaki, Raila Odinga, dans une lettre ouverte publiée dans le *Daily Nation*, écrivait au sujet de ces institutions que « *Le projet Bomas a accepté les tribunaux de Kadhis, non parce qu'ils sont des tribunaux religieux, mais en raison de leur centralité dans l'administration du droit personnel de ceux qui professent la foi islamique* »⁷³⁴. De manière totalement différente et probablement parce qu'elle estimait que le vote musulman était acquis au camp adverse, la NARC, dans un mémorandum portant sur les questions litigieuses dans la Constitution et rendu public en octobre 2004, a pris des positions très critiques envers les tribunaux de Kadhis. La NARC affirmait par exemple que les dispositions constitutionnelles relatives à ces institutions correspondaient à une particularité historique nécessaire en 1963, mais qui ne l'était plus en 2004. Dans ce mémorandum, la NARC expliquait encore que l'idée de professionnaliser les Kadhis était mauvaise car elle équivaldrait à reconnaître au droit islamique un statut constitutionnel supérieur⁷³⁵. Le thème des tribunaux de Kadhis a donc été manipulé par les hommes politiques, qui ont profité de l'ignorance d'une grande majorité des citoyens, n'ayant pas lu le texte ou n'en ayant pas toujours bien compris le contenu. Par exemple, lors d'une manifestation organisée à Garissa le 22 septembre 2005 par les partisans du camp « Orange », favorables au rejet du projet de Constitution, différents orateurs ont affirmé à la communauté venue les écouter que le nouveau projet Wako aurait enlevé aux tribunaux de Kadhis le statut dont ils jouissent dans la Constitution de 1963⁷³⁶. De même, d'après Juma Ngao, les opposants au projet de Constitution auraient prétendu que les tribunaux de Kadhis seraient affaiblis par le nouveau texte, dans le but de s'approprier le vote des musulmans⁷³⁷.

Au regard des résultats du référendum, les musulmans ont semblé suivre la position de leurs leaders. Lors de la consultation organisée le 21 novembre 2005, le projet de Constitution Wako a été rejeté par 57% des suffrages et, même s'il n'est pas possible de déterminer dans quelle proportion les musulmans ont voté « Oui » ou « Non », il est certain qu'une large majorité d'entre eux ont repoussé le texte, ainsi que l'ont exprimé la plupart des personnes interrogées sur la question. En outre, les résultats ont souligné une large opposition dans les zones à forte population islamique comme la Côte et le Nord-Est, où le « Non », l'a emporté à

⁷³⁴ « *The Bomas Draft accepted Kadhi's Courts not because they are religious courts, but because of their centrality in administration of the personal law of those who profess the Islamic faith* », *Daily Nation*, 06/09/05, p. 5 : « *PM reduces to mere errand boy* ».

⁷³⁵ *Daily Nation*, 31/10/04, « *Draft constitution aims for all-powerful leader* ».

⁷³⁶ *Daily Nation*, 23/09/05, p. 14 : « *Attempts to disrupt meeting thwarted* ».

⁷³⁷ Entretien réalisé à Mombasa, le 16 mai 2006.

respectivement 80% et 75%⁷³⁸. À une échelle plus réduite, dans certaines circonscriptions où vivent de nombreux musulmans, le projet Wako a été rejeté de façon radicale. Par exemple, dans la Province côtière, le « Non » l'a emporté à 91% à Msambweni (district de Kwale) et à 90% à Malindi. De même, dans la Province du Nord-Est, le « non » a recueilli 94% des suffrages à Wajir West. Toutefois, il serait hasardeux d'en tirer des conclusions hâtives car, toujours dans la Province du Nord-Est, la victoire du « Non » était beaucoup moins flagrante à Mandera West, où il a obtenu « seulement » 54% des voix⁷³⁹. Par ailleurs, en ce qui concerne le fort rejet du texte dans la région côtière, si le facteur religieux et la question des tribunaux de Kadhis ont eu une influence indéniable, d'autres thèmes ont joué un rôle fondamental, en particulier, comme l'a souligné Mohammed Dor, le Secrétaire Général du CIPK, la question foncière, sensible dans cette zone du pays⁷⁴⁰. Il serait donc exagéré d'affirmer que tous les musulmans ont rejeté le projet de Constitution ou bien qu'ils ne se sont prononcés qu'en fonction de la thématique des tribunaux de Kadhis. Toutefois, il demeure certain que la question a influencé la manière dont les musulmans ont considéré le texte, d'autant plus que ces derniers sont toujours prompts à réagir dès qu'ils estiment que leur religion ou que leurs droits sont menacés. De ce point de vue, la question est aussi devenue un problème identitaire car, d'après Said Athman, un musulman anciennement membre de l'Initiative *Ufungamano*, l'interrogation essentielle consistait à savoir si la Constitution pouvait permettre à un groupe religieux d'appliquer son propre droit personnel, sans que cela ne contredise leur appartenance à l'État en tant que citoyens⁷⁴¹. Au Kenya, les musulmans se plaignent souvent de rencontrer plus de difficultés que les autres pour accéder à la citoyenneté, par exemple lorsqu'ils souhaitent obtenir une carte d'identité ou un passeport. Dans un tel contexte, les tribunaux de Kadhis représentaient de nouveau un symbole et leur reconnaissance constitutionnelle n'apparaissait pas tant comme un héritage historique, que comme un enjeu identitaire. D'ailleurs, pour la juriste Amina Bashir, ces institutions sont devenues un catalyseur, auquel se sont greffés toute une série d'autres problèmes tels que l'accès à la citoyenneté, les discriminations, etc.⁷⁴² La présence de ces institutions dans la Constitution représentait donc une question de principe pour les fidèles, car cela exprimait une

⁷³⁸ *Daily Nation*, 23/11/05, p.5 : « *Central and Nyanza provinces maintain patterns, but others shift from tradition* ».

⁷³⁹ Les pourcentages sont tirés du *Daily Nation*, 23/11/05, pp. 6-7 : « *Referendum Score Card* ».

⁷⁴⁰ Entretien avec Sheikh Mohamed Dor, Mombasa, le 20 janvier 2006.

⁷⁴¹ Entretien avec Said Athman, ancien membre d'*Ufungamano* et de la *Muslim Task Force on Constitutional Review*. Membre du *National Muslim Leaders' Forum*, Nairobi, le 24 novembre 2006.

⁷⁴² Entretien réalisé à Nairobi, le 28 novembre 2006.

reconnaissance de leur spécificité culturelle et un certain respect par l'État de leurs valeurs et de leur mode de vie.

Immédiatement après l'annonce des résultats du référendum, les responsables musulmans ont appelé à la poursuite du mouvement de réforme. Par exemple, vingt-trois organisations islamiques, parmi lesquelles l'IPK, la NUKEM, le MCC ou la *Young Muslim Association* (YMA) ont demandé aux leaders du camp Orange de continuer le processus d'établissement d'une Constitution par et pour le peuple. Le SUPKEM s'est vu exclu parce que considéré comme proche du camp du « Oui »⁷⁴³. Les responsables religieux musulmans ont alors semblé bien décidés à maintenir leurs prises de positions politiques. Toujours après l'échec du référendum et alors qu'en décembre Mwai Kibaki avait renvoyé les ministres qui avaient appelé à rejeter le projet de Constitution, les responsables du CIPK lui ont demandé de convoquer de nouvelles élections générales ou de remplir les engagements pris dans le cadre du *Memorandum of Understanding* (MoU) signé entre la NAK et le LDP avant le scrutin de 2002⁷⁴⁴. Par ailleurs, les principaux leaders musulmans ont salué le rejet du projet Wako et, par exemple, lors de la grande prière du vendredi, le 25 novembre, plusieurs députés musulmans ont profité de la vague de changements pour revendiquer un nombre plus important de ministres de confession islamique⁷⁴⁵. D'ailleurs, à la suite de son remaniement ministériel, le Président Kibaki a nommé quatre ministres musulmans : Mohamed Abdi (Développement Régional), Mohammed Kuti (Affaires de la Jeunesse), Ali Mwakwere (Transports) et Suleiman Shakombo (Héritage National), ainsi qu'un certain nombre de ministres adjoints⁷⁴⁶. Plus tard, les leaders musulmans ont rejeté l'équipe Kiplagat, nommée par le Président pour relancer le processus de réforme, au motif que les membres de ce groupe avaient été choisis sans consultation préalable⁷⁴⁷. Plus récemment, en juillet 2007, une délégation du SUPKEM a présenté au Président Kibaki un certain nombre de requêtes, liées

⁷⁴³ *Daily Nation*, 24/11/05, p. 7 : « *Start writing fresh draft, say Muslims* ».

⁷⁴⁴ *The Standard*, 25/11/05, p. 7 : « *Dissolve Parliament, say religious leaders* ». Avant les élections de 2002, un accord avait été conclu entre le LDP et la NAK dans le cadre du *Memorandum of Understanding*, qui prévoyait le partage d'un nombre égal de postes au sein du futur gouvernement. Il prévoyait notamment un Cabinet de 23 personnes : 11 pour le LDP et 12 pour la NAK. Mais au moment des nominations gouvernementales, le Cabinet comprenait 25 personnes, dont 8 pour le LDP et 17 pour la NAK.

⁷⁴⁵ *The Standard*, 26/11/05, p. 5 : « *Balala seeks more posts for Muslims in Cabinet* ».

⁷⁴⁶ À la suite de son échec lors du référendum de novembre 2005, Mwai Kibaki a remanié son Gouvernement, après en avoir renvoyé tous les ministres qui avaient appelé à rejeter le projet, parmi lesquels Raila Odinga, Kalonzo Musyoka ou Najib Balala. *Daily Nation*, 16/12/05, p. 64 : « *Muslims thank Kibaki for appointing four to Cabinet* ».

⁷⁴⁷ *Daily Nation*, 27/03/06, p. 5 : « *Review team rejected* ». Après l'échec du référendum sur le projet de Constitution Wako, Kibaki a désigné le 24 février 2006 un « Comité de Personnes Éminentes » de quinze membres, dirigé par l'ancien diplomate Bethuel A. Kiplagat et chargé d'évaluer le processus de révision constitutionnelle, puis d'émettre des recommandations sur les moyens de le relancer.

en particulier à la nomination de fonctionnaires musulmans, à l'enregistrement d'universités musulmanes, mais aussi pour annoncer le soutien d'une partie d'entre eux au Président pour les élections présidentielles de décembre 2007⁷⁴⁸. D'ailleurs, l'approche des élections générales a révélé, d'une part, la volonté de diverses organisations représentatives de l'islam de se positionner politiquement et, d'autre part, l'absence d'une voix unique sur la question, étant donné que les divers prétendants ont cherché à séduire les quelques deux millions et demi d'électeurs musulmans potentiels.

Lors de la campagne pour les élections générales de décembre 2007, un groupe de leaders musulmans a profité de ce que la compétition était très tendue pour rappeler aux hommes politiques un certain nombre de demandes et de plaintes régulièrement présentées par les fidèles. Tout au long de la présidence Kibaki, les leaders musulmans se sont montrés très critiques envers l'administration et bien décidés à faire entendre leurs griefs. Aussi, la campagne leur a donné l'occasion de porter à nouveau leurs revendications sur le devant de la scène, les hommes politiques convoitant cet électorat apparu comme capable de voter en bloc au moment du référendum. Pour tenter de conquérir le vote musulman, le Président sortant Mwai Kibaki a ainsi multiplié les déplacements dans la région côtière et a fait de nombreuses promesses (construction d'un pont entre les côtes nord et sud de Mombasa, délivrance de titres fonciers...). En octobre 2007, il a reçu une délégation de leaders islamiques à la State House de Nairobi, afin de mettre un terme aux allégations selon lesquelles son gouvernement était insensible aux questions soulevées par les fidèles⁷⁴⁹. Le même mois, il a désigné une équipe, comprenant l'*Attorney General*, avec pour mission de réfléchir à un certain nombre de questions soulevées par les fidèles (discrimination, harcèlement) et de présenter un rapport au Gouvernement. Mwai Kibaki a encore annoncé la mise en place d'un bureau particulier pour la délivrance de passeports aux musulmans, afin de faciliter les démarches administratives de ceux qui souhaitaient se rendre en pèlerinage à La Mecque⁷⁵⁰. En octobre toujours, il a participé aux célébrations de l'*Aïd-ul-Fitr* à Mombasa et, à cette occasion, il a multiplié les symboles, se déplaçant à pieds dans une partie des rues de la ville, puis, vêtu d'un *kanzu*, la traditionnelle tenue musulmane, il a appelé les fidèles à le soutenir lors de l'élection de décembre, annonçant encore au cours de la campagne que l'*Aïd-el-Kebir* serait désormais un

⁷⁴⁸ *Daily Nation*, 12/07/07, p. 4 : « *Parents will not pay tuition fees from January, Kibaki says* ».

⁷⁴⁹ *The Standard*, 02/10/07, p. 6 : « *Kibaki reaches out to Muslims* ».

⁷⁵⁰ *Daily Nation*, 03/10/07, p. 2 : « *Passport desk a bait, claim Muslim clerics* ».

jour férié national⁷⁵¹. Le Ramadan ayant eu lieu deux mois seulement avant le scrutin, tous les hommes politiques en compétition l'ont exploité et Raila Odinga est aussi apparu vêtu du *kanzu*, le jour de l'*Aïd-ul-Fitr*. Comme pour le référendum de 2005, la plupart des organisations musulmanes ont pris parti pour l'opposition et pour ce dernier. Dès le mois de juillet, la majorité des leaders religieux musulmans avait décidé de soutenir R. Odinga, expliquant que les fidèles avaient souffert tout au long de l'administration Kibaki. Le Gouvernement était critiqué pour sa politique en matière de lutte contre le terrorisme, qui s'était soldée par la déportation de près d'une vingtaine de fidèles vers la Somalie, l'Éthiopie et Guantanamo en 2007. Raila Odinga partait en outre avec un certain avantage, puisqu'il pouvait compter sur le soutien du député Najib Balala, musulman de la Côte, très populaire chez les fidèles.

Peu de temps avant le scrutin, le *National Muslim Leaders' Forum* (Namlef)⁷⁵², dont il a déjà été fait mention pour son rôle dans les travaux constitutionnels, a en outre signé un « *Memorandum of Understanding* » (MoU) avec le candidat Raila Odinga. Dans ce document, le Namlef s'engageait à soutenir R. Odinga, en échange de quoi ce dernier promettait de régler plusieurs questions régulièrement soulevées par les fidèles, concernant la lenteur pour la délivrance de certains papiers d'identité, leurs difficultés dans l'accès à la citoyenneté, à l'éducation et à l'emploi, ou les accusations de harcèlement dont les musulmans se disent victimes de la part du Gouvernement, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Le Namlef était également partisan du système de Gouvernement *Majimbo*⁷⁵³, dont R. Odinga se faisait le défenseur, arguant qu'il serait profitable aux régions qui avaient été négligées par les divers gouvernements, en particulier le Nord-Est et la Côte⁷⁵⁴. De même, certains membres du CIPK, tels que son Secrétaire Général, Sheikh Mohammed Dor, ont affirmé que les musulmans devraient soutenir Raila Odinga car il paraissait le mieux à même de promouvoir leurs intérêts⁷⁵⁵. Pourtant, d'autres leaders, en particulier le Chief Kadhi, le Président du SUPKEM

⁷⁵¹ *Sunday Nation*, 14/10/07, p. 8 : « *Thousands line up Mombasa roads as President Kibaki woos Coast voters* ».

⁷⁵² Le Namlef regroupe plusieurs associations musulmanes, parmi lesquelles le CIPK, le NUKEM, le *Majlis Ulama*, le MCC. Le SUPKEM n'en fait pas partie.

⁷⁵³ *Majimbo* est un terme swahili utilisé au Kenya pour désigner une forme de gouvernement fédéral.

⁷⁵⁴ *The Standard*, 03/09/07, p. 2 : « *Majimbo bait works for Raila at the Coast* » ; *Daily Nation*, 10/09/07, p. 4 : « *Muslims explain ODM backing* ». L'ODM a formulé plusieurs promesses incontestablement destinées à gagner la sympathie des fidèles, parmi lesquelles figuraient l'instauration du fédéralisme (*Majimboism*), l'établissement d'une Université islamique dans la Province côtière, la fin du harcèlement des musulmans pour des motifs de lutte contre le terrorisme ou l'amélioration des infrastructures dans la région côtière. À ce sujet : *Saturday Standard*, 08/09/07, p. 11 : « *Scramble for the Muslims* ».

⁷⁵⁵ *The Standard*, 03/09/07, p. 2 : « *Majimbo bait works for Raila at the Coast* ».

Abdulghafur El Busaidi et le Président du *Majlis-ul-Ulama* Sheikh Khalfan Khamis, ont dénoncé ces appels, estimant que les musulmans devraient rester libres de se prononcer pour la personne de leur choix⁷⁵⁶. Enfin, certains hommes politiques proches du Gouvernement, comme Taib Ali Taib, le Président de la branche de la KANU pour la circonscription de Mvita (Côte), Fahim Twaha, le député de Lamu West, et plusieurs officiels du *Shirikisho Party* ont condamné le pacte signé entre Raila Odinga et le Namlef⁷⁵⁷. En outre, dès que les leaders musulmans et Raila Odinga ont reconnu la signature de cet accord, la controverse a resurgi, au sujet du contenu du mémorandum. Certains l'ont condamné au motif qu'il aurait comporté des promesses pour l'application de la charia, pour accorder des pouvoirs accrus aux tribunaux de droit musulman ou pour la reconnaissance de l'islam comme religion officielle dans les Provinces du Nord et de la Côte. Certains leaders alliés à M. Kibaki l'ont aussi dénoncé comme ayant pour objectif de créer de l'animosité entre les différentes religions du pays. Si le mémorandum a en quelque sorte divisé les fidèles, il était cependant censé influencer leur vote, car il concernait des questions auxquelles ces derniers sont très sensibles. Pourtant, la stratégie de Raila Odinga a eu des résultats mitigés puisqu'il a obtenu des scores assez variables dans les régions à forte population musulmane. Certes, il remporté 59% des suffrages dans la Province de la Côte, mais Mwai Kibaki l'a battu dans le Nord-Est avec 50% des suffrages contre 47% pour Raila Odinga. De façon générale et depuis le processus de révision constitutionnelle, les responsables musulmans, qu'ils soient ou non engagés en politique, s'expriment de plus en plus régulièrement sur des questions d'intérêt national, même s'il paraît encore difficile d'apprécier la durabilité de ce phénomène.

La controverse relative aux tribunaux de Kadhis, concernant une institution jugée essentielle à la pratique de la foi, confirme que ce sont toujours les thématiques liées au respect de la religion et de la culture qui rassemblent le mieux. En revanche, les discours intégristes ou l'islam radical ne paraissent pas en mesure de mobiliser les musulmans kenyans, pacifistes et tolérants. Aussi, ce n'est pas tant l'islam politique que la pratique sociale de l'islam qui est à même de constituer une référence commune, susceptible d'unir les fidèles et de les engager sur la scène politique, dès lors que le respect de leurs valeurs ou de

⁷⁵⁶ *Daily Nation*, 03/09/07, p. 5 : « *Muslims pledge to remain neutral in poll race* » ; *The Saturday Standard*, 08/09/07, p. 5 : « *Don't take sides, Muslims advised* ».

⁷⁵⁷ *Daily Nation*, 04/09/07, p. 7 : « *Muslim leaders denounce pact to Back Raila* » ; *The Saturday Standard*, 08/09/07, p. 11 : « *Scramble for the Muslims* ». Le parti *Shirikisho*, dont les bases sont implantées dans la région côtière, compte un certain nombre de musulmans, en particulier Sheikh Juma Ngao, qui est également le Président de la branche du SUPKEM à Mombasa et Chirau Ali Mwakwere, Ministre des Transports du Gouvernement Kibaki en 2007.

leurs institutions devient l'enjeu de débats politiques. Pourtant, sous le gouvernement de M. Kibaki, outre la polémique relative aux tribunaux de Kadhis, les musulmans se sont aussi mobilisés contre le vote de l'*Anti-Terrorism Bill*, texte interprété comme anti-musulman. La proposition de loi s'inscrivait dans le contexte postérieur aux attaques de 1998 contre les ambassades américaines de Nairobi et de Dar-es-Salaam et de 2002 contre le *Paradise Hotel* de Mombasa. Les groupes de réflexion américains étant persuadés qu'il existait des cellules dormantes d'*Al-Qaida* au Kenya, le Gouvernement américain a incité son homologue kenyan à prendre des mesures concrètes dans la lutte contre le terrorisme et, sous la pression, les autorités kenyanes se sont engagées dans la rédaction d'une loi contre le terrorisme, inspirée du *Patriotic Act* voté par le Congrès américain. En 2003, le Parlement kenyan a donc commencé à discuter une *Anti-Terrorism Bill*, ce qui a provoqué la mobilisation massive des organisations non gouvernementales (ONG) de défense des Droits de l'Homme, voyant dans le projet une atteinte ouverte aux droits fondamentaux et à la *Bill of Rights* de la Constitution⁷⁵⁸. La forte mobilisation des musulmans contre le projet a encore une fois illustré le potentiel unificateur de l'islam, dès lors que ses fidèles se sentent menacés par une législation hostile.

⁷⁵⁸ MAUPEU, H., « Religion and the Elections », in MAUPEU, H., KATUMANGA, M., et MITULLAH, W., *The Moi Succession. Elections 2002*, Nairobi : Tansafrica Press, 2005, p. 62.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Si les tribunaux de Kadhis possèdent des racines historiques incontestables en Afrique orientale et au Kenya, il est aussi certain que leur reconnaissance actuelle par les textes de loi et par la Constitution recouvre une dimension symbolique d'importance, lorsque l'on considère que le droit est à la base des relations sociales. Ce double bien-fondé, historique et constitutionnel, leur donne en outre une légitimité difficile à remettre en cause. D'un point de vue plus politique, les discussions qui ont concerné leur place au sein de l'administration judiciaire, que ce soit à l'indépendance ou de façon contemporaine, amènent à réfléchir à la nature même de la Constitution, au Kenya, et plus généralement en Afrique. Yash Pal Ghai souligne ainsi que le thème de la révision constitutionnelle, ou même tout simplement de l'adoption de Constitutions d'inspiration occidentale interroge sur l'adaptabilité des concepts occidentaux de constitutionnalisme au contexte africain⁷⁵⁹. Il est vrai, comme il l'a été démontré ici, que le thème du sécularisme ou de l'unité juridique s'interprète parfois de façon particulière dans le paysage africain. Dans le cadre d'États aux populations variées, il est important que la Constitution prenne en compte les aspirations des diverses composantes de la Nation, tant que celles-ci demeurent raisonnables. Ainsi, dans le cas du Kenya, les rédacteurs de la Loi fondamentale se sont attachés à maintenir un certain équilibre par le biais de la reconnaissance constitutionnelle des juridictions kadhiales, une concession qui permet en outre aux musulmans de se sentir reconnus dans un pays à la majorité chrétienne.

Cette première partie s'attachait avant tout à décrire l'histoire et le statut légal des tribunaux de Kadhis, en étudiant les lois successives les concernant, ainsi que les divers débats qui ont précédé l'adoption de ces textes, l'examen des normes et de leur contenu étant indispensable à la compréhension du fonctionnement de la justice. Ici, l'approche était donc avant tout normative et reposait sur l'idée selon laquelle le droit et les institutions en charge de l'appliquer consistent en un certain nombre de règles explicites et écrites, contenues dans des textes le plus souvent rassemblés dans des codes. Toutefois, comme le soulignent John L.

⁷⁵⁹ GHAI, Y.P., « The Theory of the State in the Third World and the Problematique of Constitutionalism », in KIBWANA, K. (ed.), *Law and the Administration of Justice in Kenya*, Nairobi : International Commission of Jurists, Kenya Section, 1992, p. 9. Les Constitutions établies dans les nouveaux États indépendants avaient des objectifs parfois contradictoires, cherchant à promouvoir le nationalisme à travers des mythes et des symboles rassembleurs dans des sociétés multiethniques, où de tels mythes ou symboles peuvent être diviseurs lorsque sont privilégiés ceux d'une communauté particulière.

Comaroff et Simon Roberts, l'étude du droit doit reposer sur une approche qui tient compte de deux dimensions, incluant à la fois l'examen des normes, mais aussi des comportements juridiques⁷⁶⁰. Il s'agit donc aussi d'analyser les processus selon lesquels les magistrats appliquent le droit et la manière dont les parties conçoivent et négocient ces normes au cours de leurs conflits. Ainsi, les règles ne sont pas seulement un cadre mais aussi un enjeu et les raisons pour lesquelles celles-ci sont appliquées, négligées ou violées, constituent un bon terrain d'observation. Le comportement d'un individu est plus modelé par les relations sociales que par les normes ou les institutions et le droit se retrouve aussi dans les comportements juridiques et dans les usages au sein du tribunal, que ce soit du point de vue des pratiques du juge ou de celles de ses justiciables.

⁷⁶⁰ COMAROFF, J.L. et ROBERTS, S., *Rules and Processes : The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago : University of Chicago Press, 1981.

DEUXIEME PARTIE

UN JUGE ET SES JUSTICIABLES. USAGES ET PRATIQUES AU TRIBUNAL DE KADHI

Diverses études considèrent qu'il existe un large fossé entre le droit islamique tel que rapporté dans les manuels et les abrégés juridiques d'une part, et le droit tel que pratiqué de façon concrète, d'autre part⁷⁶¹. Il est certain que, quel que soit le droit, les normes figées et la doctrine légale diffèrent souvent des pratiques réelles. Or, lorsque des tribunaux appliquent un code particulier, différent du droit le plus courant dans l'État, et que des normes extérieures leur sont imposées, il est d'autant plus probable que certains usages dévient par rapport aux règles. C'est pourquoi l'étude des comportements paraît essentielle pour mesurer la dimension symbolique d'une institution et pour distinguer l'affirmation, volontaire ou spontanée, de certaines valeurs et de certains principes dans le recours à la justice.

Du point de vue de la théorie, deux courants de pensée s'opposent sur le thème en anthropologie sociale. D'une part, l'école inspirée des travaux de Radcliffe-Brown s'intéresse avant tout à l'étude des normes et des règles en vigueur dans une société pour en comprendre le fonctionnement. D'autre part, le courant issu des réflexions de Malinowski privilégie l'analyse des choix individuels et les processus d'interaction entre les individus, plutôt que les procédures⁷⁶². Selon cette seconde école, le droit assume avant tout une fonction de réciprocité : la force qui lie les individus et les groupes et permet la vie en société résulte de rapports réciproques d'obligations ; c'est la réciprocité de ces obligations qui assure la cohérence de la société et non pas une quelconque sanction. Dans une logique assez similaire, Frédéric Ocqueteau et Francine Soubiran-Paillet rappellent que selon Pierre Bourdieu, « *il y a dans toute société un continuum entre des domaines abandonnés à l'habitus et à ses stratégies automatiques, et des domaines expressément réglés par des normes éthiques et surtout juridiques, soutenues par des sanctions sociales* »⁷⁶³. Ainsi, l'étude du droit ne peut reposer sur une analyse exclusive des textes de lois et des normes que sont censés appliquer et respecter les magistrats et leurs justiciables. Dans toute société, l'application de la justice est aussi influencée par les valeurs propres aux individus, ce qui apparaît encore plus clairement lorsque des juridictions particulières existent pour des populations spécifiques.

Cette deuxième partie se propose donc d'étudier les tribunaux de Kadhi dans leur fonctionnement concret et quotidien, dans la manière dont s'y manifestent des pratiques

⁷⁶¹ Par exemple : BOUSQUET, G.-H. et SCHACHT, J. (eds.), *Selected Works of Christiaan Snouck Hurgronje*, Leiden : Brill, 1957.

⁷⁶² LE ROY, É., « Norme (en anthropologie du droit) », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2^e éd., 1993, pp. 401-404.

⁷⁶³ OCQUETEAU, F. et SOUBIRAN-PAILLET, F., « Champ juridique, juristes et règles de droit : une sociologie entre disqualification et paradoxe », *Droit et Société*, N° 32, 1996, p. 12.

variées et parfois déviantes par rapport aux règles abstraites du fonctionnement de la justice au Kenya. Le troisième chapitre étudie le statut des juridictions, tel que prévu par les textes et tel que compris par les magistrats. Enfin, le quatrième et dernier chapitre examine les comportements des justiciables devant les cours de justice islamique.

CHAPITRE TROIS

ENTRE FORMEL ET INFORMEL. UNE INSTITUTION SUBALTERNE DU SYSTEME JUDICIAIRE KENYAN ?

Une fois l'application du droit islamique reconnue aux musulmans, il reste à déterminer la manière dont cette législation doit être mise en œuvre, que ce soit dans le cadre des institutions juridiques existantes, ou bien par l'intermédiaire de tribunaux ad hoc. La première solution semblerait la plus simple, mais il importe alors qu'existent des juges qui, sans nécessairement professer l'islam, soient compétents en droit coranique. Dans le second cas, qui correspond à la situation du Kenya, les juges étant musulmans, ils connaissent de fait la loi religieuse. Pourtant, un certain nombre de problèmes concrets se posent, concernant en particulier l'opportunité ou non d'un système séparé de tribunaux dans une nation, certes pluraliste, mais qui proclame l'égalité de tous ses citoyens. Mark Cammack, dans un article consacré à l'application du droit islamique en Indonésie, illustre les diverses interrogations de nature constitutionnelle ou légale soulevées par l'existence de juridictions séparées⁷⁶⁴. Certes, la situation indonésienne diffère de celle du Kenya, étant donné que la majorité de la population y pratique l'islam. Cependant, les difficultés concrètes de la reconnaissance d'un système de tribunaux musulmans demeurent les mêmes. Il s'agit, tout d'abord, de définir le nombre, le statut et la localisation de ces institutions. Par exemple, au Kenya, où certaines régions abritent une importante population de religion islamique alors que d'autres ne sont habitées que par une minorité musulmane, le choix de l'emplacement géographique des tribunaux de Kadhis devrait tenir compte de la nécessité de rendre la justice accessible au plus grand nombre, sans que les magistrats ne paraissent sous-employés. De plus, la structure et la composition de ces juridictions, ainsi que les modalités de nomination et la qualification des juges, devraient prendre en considération à la fois le caractère spécifique de ces institutions et leur appartenance au système général de justice. Il importe encore de définir les pouvoirs de

⁷⁶⁴ CAMMACK, M., 2003, *op. cit.*, pp. 96-124.

ces tribunaux, autrement dit de déterminer clairement leur champ d'application, et de préciser les affaires pour lesquelles ils ne sont pas compétents, afin d'éviter d'éventuels conflits de juridiction. De ce point de vue encore, leurs relations avec les cours de droit commun sont importantes, dans la mesure où, le plus souvent, le recours aux tribunaux spéciaux s'opère sur un mode optionnel. Enfin, il convient de spécifier si ces institutions, qui administrent un droit particulier, peuvent se conformer aux règles de procédure islamique ou bien si elles doivent appliquer les normes communes en la matière. Mais au-delà du modèle théorique idéal, il importe par ailleurs de démontrer si les pratiques des magistrats diffèrent du code en vigueur. Selon Max Weber, il ne faut pas confondre le modèle constitué par une norme et son influence réelle sur les comportements⁷⁶⁵. En effet, si les juges musulmans opèrent au sein d'institutions faisant partie du système juridique étatique, ils sont aussi influencés par les représentations imposées par leur religion. Ainsi, et parce que le statut des juridictions de droit islamique apparaît mal défini, il convient de considérer l'écart éventuel entre les règles et les pratiques dans le fonctionnement de cette institution, comme y invitent les analyses de l'anthropologie juridique. Selon ces théories, il ne suffit pas de s'intéresser au « Droit » pur, mais il est aussi primordial d'étudier les usages, avec l'idée selon laquelle du droit se trouve au-delà des normes édictées par le législateur ou des décisions élaborées par les juges. Le droit peut, en effet, se trouver dans la pratique des acteurs et, comme le souligne Étienne Le Roy, « À la généralité ou à l'abstraction du propos on opposera l'acte concret qui peut compléter mais aussi contredire le discours (...). Il s'agit de manières de faire qui complètent les manières de dire et qui font entrer dans la logique des modes institutionnels de règlement des différends »⁷⁶⁶. Ainsi, de façon concrète et au-delà de la fonction officielle des magistrats musulmans, les pratiques varient selon les juges, ce qui concourt à donner au public une représentation particulière de ces cours de justice.

De façon plus générale, le défi pour un État non islamique consiste à organiser un système de justice coranique fournissant aux musulmans une arène spécifique où résoudre leurs différends, tout en respectant un certain nombre de principes organisationnels qui ne correspondent pas toujours à ceux de la justice islamique. Par exemple, la conception de la justice dans l'islam est autocratique, le juge étant unique et sa décision, basée sur une seule loi, sans appel. À l'opposé, dans les systèmes de justice d'inspiration occidentale, les sentences en première instance sont toujours susceptibles de recours. En outre, le tribunal de

⁷⁶⁵ WEBER, M., *Économie et société*, tome 1, Paris : Plon, 1971, p. 338.

⁷⁶⁶ LE ROY, É., 2004, *op. cit.*, p. 178.

Kadhi apparaît comme une institution ancienne qui, d'après Louis Milliot et François-Paul Blanc, revêt des caractères originaux la rapprochant plus des législations antiques que des systèmes modernes. Par exemple, ces auteurs considèrent le Kadhi comme un magistrat religieux, en vertu de son aptitude à veiller au respect de la loi musulmane⁷⁶⁷. De la même façon, Émile Tyan souligne le caractère religieux de la fonction du Kadhi, reconnu pour sa piété, sa dévotion, sa sincérité et qui cumule parfois un certain nombre d'attributions non judiciaires se rattachant au culte, telles que la garde des mosquées, la direction de la grande prière du vendredi ou l'exercice de la prière rituelle lors des cérémonies funéraires⁷⁶⁸. De même, en dehors de ses fonctions officielles, le Kadhi exerçait historiquement diverses activités communautaires, allant de la gestion des *Wakfs*, jusqu'à l'exercice de fonctions de police, en passant par la garde du Trésor Public⁷⁶⁹. Ibn Khaldun expliquait, il y a environ 600 ans, qu'en plus d'exécuter la justice pour les conflits civils ou criminels, le Kadhi agissait en qualité de tuteur pour les personnes qui ne possédaient pas la capacité légale (*al-mahjur 'alayhim*), comme les aliénés, les orphelins, les pauvres (*al-muflisin*), les handicapés (*as-safah*), et pour les testaments et les dotations charitables (*awqaf*) des musulmans⁷⁷⁰. Ce n'est donc que peu à peu que se dessina la véritable nature de la fonction, en spécialisant le Kadhi dans ses prérogatives judiciaires, même s'il a toujours conservé d'autres tâches annexes. De façon contemporaine, au Kenya, où le juge musulman est le fonctionnaire d'un État séculier, le principe même de sécularité impose que ses missions officielles ne soient pas religieuses. Le défi consiste alors à concilier le rôle légal du Kadhi et son image de personnage religieux. Il demeure cependant difficile de dégager les caractéristiques des compétences purement légales du magistrat musulman, même si certains traits communs peuvent être mis en avant. Le Kadhi est, par exemple, toujours un homme, doté de hautes qualités morales et qui, à la fois juge et notaire, protège les incapables. Possédant des attributions judiciaires assez limitées, sa fonction principale tient au règlement des litiges entre particuliers, pour toutes les affaires de statut personnel.

De même, en ce qui concerne l'organisation concrète des tribunaux, les situations varient d'une région à l'autre. Attiya Waris, chargée d'enseignement en droit islamique à l'Université de Nairobi, considère, par exemple, que le meilleur système de juridictions de

⁷⁶⁷ MILLIOT, L. et BLANC, F.-P., 1987, *op. cit.*

⁷⁶⁸ TYAN, É., 1960, *op. cit.*, pp. 114-115.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, pp. 13 et 107.

⁷⁷⁰ KHALDUN, I., *Al-Muqaddima*, Beirut : non daté, pp. 221-222.

Kadhis se trouve dans l'État d'Israël⁷⁷¹. Dans ce pays, où les musulmans représentent environ le tiers de la population, il existe deux catégories de tribunaux parallèles, avec un modèle hiérarchisé de juridictions de Kadhis. Les juges musulmans, comme l'explique encore Aharon Layish, sont d'abord choisis par un comité dont les membres sont en majorité de confession islamique, avant de prêter allégeance en présence du Président de l'État⁷⁷². Ils possèdent une juridiction exclusive sur les musulmans pour toutes les questions de statut personnel et de *Wakf*, même si la Knesset a introduit plusieurs réformes en la matière⁷⁷³. En Afrique de l'Est, le système de tribunaux de Kadhi en place à Zanzibar apparaît aussi quelque peu différent de celui en vigueur au Kenya. Certes, dans les deux cas, la juridiction de ces institutions se limite aux questions de statut personnel, de mariage, de divorce et d'héritage, dans les litiges où toutes les parties sont de confession islamique⁷⁷⁴. Néanmoins, le modèle zanzibarite se caractérise par une hiérarchie entre, d'une part, des tribunaux de Kadhi établis dans chaque district et, d'autre part, la cour du Chief Kadhi. Ce dernier ne possède pas de compétence originale mais agit comme juridiction d'appel pour tous les autres tribunaux de Kadhi. De plus, d'après l'article 10(2) du *Kadhis' Courts Act*, dans le cas où ses décisions sont contestées, elles peuvent faire l'objet d'un recours auprès des juges de la Haute Cour, assistés pour l'occasion de quatre cheikhs possédant une bonne connaissance du droit islamique. Le verdict se rend alors à la majorité et ne peut être contesté. Au Kenya, où une telle procédure d'appel n'existe pas, les juridictions kadhiales souffrent de certaines contradictions, en particulier parce que, tout en faisant partie intégrante du système judiciaire, elles se trouvent dans une position plus ou moins subalterne. Leur statut apparaît également paradoxal, dans la mesure où, si ces institutions expriment la reconnaissance par l'État du droit particulier des musulmans, elles témoignent aussi d'un certain contrôle des autorités sur l'application de cette loi, dans le sens où le personnel de ces tribunaux est choisi par le pouvoir et où leur fonctionnement, en théorie, ne correspond pas totalement aux idéaux islamiques. Certes, il n'existe aucune disposition permettant l'application du droit coranique par une autre institution que les tribunaux de Kadhis et ces derniers ont donc exclusivité en la matière.

⁷⁷¹ Entretien réalisé à Nairobi, le 10 août 2006.

⁷⁷² Les Kadhis, en Israël, sont désignés par les autorités civiles et sur recommandation d'un comité à la tête duquel siège le ministre des Affaires religieuses et qui comprend en outre trois membres de la Knesset (dont au moins deux musulmans), deux Kadhis et deux membres de l'Association israélienne du Barreau. Voir aussi : REITER, Y., « *Qādis* and the Implementation of Islamic Law in Present Day Israel », in GLEAVE, R. (ed.), *Islamic Law. Theory and Practice*, London : IB Tauris & Co., 1997, pp. 205-231.

⁷⁷³ LAYISH, A., 1993, *op. cit.*, p. 172 et pp. 174-175. En Israël, la Knesset a par exemple introduit la prohibition de la polygamie, du mariage des filles âgées de moins de dix-sept ans et de la répudiation unilatérale.

⁷⁷⁴ BIERWAGEN, R.M. et PETER, C.M., « Administration of Justice in Tanzania and Zanzibar : A Comparison of two Judicial Systems in one Country », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, Part. 2, Avril 1989, p. 407.

Cependant, la loi musulmane ne figure pas parmi les sources du droit mentionnées dans le *Judicature Act*⁷⁷⁵, renforçant l'impression selon laquelle le droit coranique et les institutions en charge de son application jouissent d'un statut plus ou moins marginal.

Ce chapitre aspire à mettre en lumière les traits caractéristiques de l'organisation et du fonctionnement des tribunaux de droit musulman au Kenya, tout en cherchant à démontrer en quoi ils illustrent un compromis entre les principes théoriques de la structure judiciaire islamique et les nécessités d'une adaptation de ces institutions à un environnement non musulman. L'objectif n'est pas seulement de décrire l'agencement de ces institutions, mais aussi de se questionner sur la manière dont leur organisation symbolise la place particulière de ces cours de justice et de leurs juges au sein du système judiciaire kenyan. Dans un premier temps, le statut des institutions de Kadhis et de leur personnel est étudié, en insistant sur les aspects concrets de leur fonctionnement. Puis, d'un point de vue plus juridique, il s'agit de réfléchir à l'étendue des compétences de ces juridictions et aux éventuelles difficultés liées à leur obligation de se conformer à divers principes non islamiques.

I- Un juge et un tribunal au statut particulier au sein du système judiciaire kenyan.

Actuellement, le Kenya compte dix-sept tribunaux de Kadhis, auxquels s'ajoute celui du Chief Kadhi, à Mombasa. Les différentes juridictions se répartissent de façon équitable entre les huit provinces du pays, même si la région côtière reste mieux dotée, puisqu'à elle seule, cette zone regroupe cinq cours islamiques, localisées à Mombasa, Hola (aussi connue sous le nom de Galole), Lamu, Kwale et Malindi. La Province du Nord-Est comprend aussi plusieurs tribunaux, situés à Garissa, Wajir et Mandera. Le fait que ces deux provinces rassemblent à elles seules près de la moitié des Kadhis s'explique aisément par le fait qu'elles abritent une population musulmane plus importante par rapport aux autres régions. Pourtant, le nombre total de juridictions de droit coranique demeure faible en comparaison avec les autres cours de justice puisque, par exemple, chaque district possède un tribunal de Magistrat (*Magistrate's Court*), alors que certaines villes ayant une population musulmane non

⁷⁷⁵ Les différentes sources du droit mentionnées par le *Judicature Act*, article 3, sont : la Constitution, toutes les autres lois écrites, les doctrines de l'équité et les statuts d'application générale en vigueur en Angleterre au 12 août 1897, ainsi que les procédures et les pratiques observées dans les tribunaux anglais à cette date et le droit coutumier africain, tant que ce dernier ne contredit pas la justice et la morale.

négligeable comme Kilifi ou Machakos sont dépourvues de juge islamique. Plusieurs localités, comme Nakuru, Nyeri, Eldoret ou même Kwale ont par ailleurs longtemps été privées de Kadhi, puisque des magistrats n'y opèrent de manière permanente que depuis les années 1990.

De plus, les juges musulmans effectivement en fonction ne sont que quinze, les juridictions de Wajir et de Mandera n'ayant pas de magistrat en 2007. En ce qui concerne la première ville, le poste n'a pas été attribué après le départ à la retraite du dernier Kadhi, en juillet 2006⁷⁷⁶. À Mandera, Hammad Kassim, le Chief Kadhi, a expliqué que, au moment où le Kadhi officiant auparavant a quitté le judiciaire, une personne a été nommée en remplacement mais qu'elle a démissionné, en raison des conditions climatiques et sécuritaires difficiles dans la région. Depuis, les deux postes demeurent vacants et, même si le Chief Kadhi a suggéré que des habitants de ces localités pourraient y être nommés, afin de pallier aux difficultés d'adaptation, il s'est révélé impossible de trouver des personnes à la fois qualifiées et originaires de l'une de ces villes⁷⁷⁷. En 2007, plusieurs leaders musulmans ont attiré l'attention du Gouvernement sur la nécessité de nommer un Kadhi à Wajir, face à l'accumulation des affaires matrimoniales en attente de jugement. Toutefois, ceci ne paraît pas être une priorité, d'autant plus qu'il n'est pas exceptionnel que ces institutions demeurent sans magistrat pendant plusieurs années. Ahmed Sherif Al-Muhdhar, le Kadhi de Nairobi, a expliqué que dans cette ville, entre 1993 et 1994, le nombre de dossiers soumis au tribunal de droit musulman était faible car aucun magistrat n'exerçait alors, le Chief Kadhi se déplaçant juste de temps en temps entre Mombasa et Nairobi pour statuer sur quelques différends matrimoniaux et successoraux⁷⁷⁸.

De même, l'extrême difficulté à obtenir des informations relatives aux tribunaux de Kadhis ailleurs qu'auprès de ces institutions elles-mêmes paraît révélatrice. Par exemple, alors que l'ensemble des statistiques mensuelles et annuelles de toutes les cours de justice doit être transmis auprès du greffier de la Haute Cour de Nairobi, aucune donnée spécifique aux tribunaux de Kadhis n'a pu être obtenue auprès de ces services. Certes, il est fort possible que les fonctionnaires rencontrés aient simplement refusé de fournir les renseignements

⁷⁷⁶ *The Standard*, 05/07/07, p. 11 : « *Muslims demand for Kadhi in Wajir* ». L'article figure dans l'annexe 11.

⁷⁷⁷ Propos tenus hors entretien, Mombasa, le 26 février 2007.

⁷⁷⁸ Propos tenus hors entretien, le 29 novembre 2005.

demandés⁷⁷⁹. Toutefois, les tribunaux de Kadhis demeurent méconnus, même de certains magistrats ou fonctionnaires de la fonction judiciaire, accentuant le sentiment que, malgré leur appartenance à la hiérarchie des institutions juridictionnelles, ils possèdent une position à part, que ce soit en raison de leur manque de moyens, du statut particulier de leurs juges ou de leur fonctionnement.

1) Un manque de ressources matérielles et humaines emblématique du statut des tribunaux de Kadhi au sein de l'administration judiciaire.

Pour l'observateur étranger, n'ayant aucune expérience de l'administration de la justice en Afrique et encore moins des juridictions de droit coranique, la première impression que laisse la découverte de ces institutions est celle d'une pénurie certaine en termes de personnel, d'espace ou de moyens matériels. Le 21 octobre 2005, lors de la toute première visite du tribunal de Kadhi de Mombasa, un rendez-vous était fixé à neuf heures du matin avec le Chief Kadhi. À cette heure-ci, la salle d'attente était déjà pleine. Une quinzaine de personnes au moins patientaient, assises sur les deux bancs situés dans la salle, alors que d'autres, debout, demandaient des renseignements aux trois clerks présents. À l'extérieur, d'autres justiciables, assis ou debout, attendaient que la salle désemplisse pour exposer leurs requêtes. Une majorité de femmes étaient présentes, toutes vêtues du traditionnel *buibui*. L'exiguïté des lieux, le peu de matériel dont disposent les clerks, l'entassement des dossiers, l'attente des plaignants, tout ici dénonçait le manque de ressources.

Cette insuffisance de moyens et de locaux constitue un problème récurrent dans le système judiciaire kenyan, même si, depuis 2006, le Gouvernement a mis en œuvre un programme pour la construction de vingt-huit nouveaux tribunaux et la rénovation ou l'agrandissement de ceux déjà existants⁷⁸⁰. Cependant, en attendant, le manque de salles mises à la disposition des magistrats demeure un problème crucial. Par exemple, lors d'un séjour à Kisumu en mars 2006, le fonctionnement de l'ensemble des services du tribunal a été perturbé par la venue de juges de la Cour d'Appel pendant une semaine. Un certain nombre de salles, dont celle du Kadhi, ont alors été réquisitionnées, ne laissant à ce dernier d'autre solution que

⁷⁷⁹ Pour obtenir ces informations, qui ont finalement été collectées auprès des tribunaux de Kadhis, il m'a d'abord été demandé de fournir un courrier de l'IFRA, expliquant les motifs de ma recherche et, après cette lettre, de rédiger un autre courrier pour le greffier de la Haute Cour. Enfin, il m'a été annoncé que les données en question n'étaient pas disponibles, ce qui me fait penser, qu'en réalité, il ne paraissait pas souhaitable qu'elles me soient transmises.

⁷⁸⁰ *Daily Nation*, 07/07/06, p. 11 : « *Courts step up quest for autonomy* ».

de procéder aux auditions dans le bureau de sa clerc, beaucoup plus petit et mal adapté. Certes, les institutions de droit musulman ne sont pas les seules à souffrir d'un manque de ressources, mais ces dernières paraissent particulièrement négligées, tant et si bien qu'il en devient parfois difficile de les considérer comme partie intégrante du système judiciaire.

La plupart des bâtiments abritant des cours de justice sont relativement anciens. Mis à part les *Law Courts* de Nairobi, qui abritent, entre autre la Cour d'Appel, la Haute Cour de Nairobi et un certain nombre d'autres tribunaux, la plupart de celles qui ont été visitées ont laissé une impression générale de vétusté et d'encombrement. Dans la plupart des villes, sauf à Nairobi, l'ensemble des cours de justice sont regroupées sur un seul site où les Kadhis disposent d'une salle particulière pour accueillir les justiciables⁷⁸¹. Leurs tribunaux n'échappent en rien à l'impression générale selon laquelle les conditions de travail dans le milieu de la justice sont loin d'être optimales, que cela concerne l'environnement de travail ou le personnel mis à leur disposition.

a. Un environnement de travail peu propice à un exercice optimal de la justice.

Lors des divers entretiens réalisés avec des Kadhis, plusieurs d'entre eux se sont plaints de leur nombre insuffisant et du fait que certaines villes ayant une population musulmane importante, comme Kilifi, dans la Province Côtière, ou Voi, dans le sud-est du pays, sont dépourvues d'un tribunal de droit islamique. Les habitants de ces localités se voient alors obligés de se déplacer auprès de l'instance la plus proche, ce qui peut être problématique, en raison de la pauvreté de certaines populations et de la distance parfois grande entre leur localité et le tribunal. De plus, certains postes, comme Mombasa, Garissa, Malindi, ou même Nairobi, sont très sollicités avec, par exemple, à Mombasa, une moyenne de trois-cents affaires par an. En outre, du point de vue géographique, leur compétence recouvre parfois des zones très étendues et l'installation de nouveaux tribunaux dans des villes voisines pourrait permettre à la fois de décongestionner ces services et de rendre la justice plus accessible. Toutefois, concrètement, plutôt que la question du nombre, c'est la localisation des différentes cours de justice islamique qui représente le véritable défi, dans la mesure où elle ne répond pas toujours à un schéma très logique. Plusieurs sites possédant une population musulmane assez faible, comme Nyeri, Nakuru ou Kisumu, traitent un nombre très

⁷⁸¹ À Nairobi, les tribunaux sont répartis entre deux sites, un situé en plein centre ville et l'autre légèrement en dehors. Mais le tribunal de Kadhi se trouve dans un lieu à part.

Le tribunal de Kadhi, à Nairobi



Outre leur nombre limité, l'état des locaux occupés par les Kadhis donne une impression de précarité. Seul le Kadhi de Mombasa dirige un tribunal à proprement parler, où des auditions peuvent être menées en public. Pour les autres magistrats, les auditions se déroulent dans leurs cabinets, qui ne sont en général que de petites salles, dont la capacité paraît parfois bien réduite au regard du nombre de personnes qui utilisent leurs services. Par exemple, à Garissa, une ville peuplée en grande majorité de musulmans, le « tribunal » du Kadhi se limite à une pièce d'environ dix mètres carrés, dans laquelle se trouvent le bureau du juge et quatre bancs, pour les justiciables. La taille de la salle est incontestablement insuffisante et une telle précarité reflète une négligence, peut-être involontaire, de la part des autorités. En une matinée, jusqu'à cinquante personnes ont été recensées, attendant de rencontrer le magistrat de droit coranique. Les plus chanceuses peuvent s'asseoir sur les bancs mis à leur disposition, mais un certain nombre sont forcées de demeurer debout, dans le couloir. Or, les conditions climatiques de cette ville située en zone semi-désertique sont des plus difficiles, et la salle ne bénéficie que d'un petit ventilateur, dont l'utilité s'avère illusoire lorsque le nombre de personnes présentes devient trop important. Osman Shurie, le Kadhi en poste à Garissa, a confié qu'un nouveau tribunal était en construction, mais a regretté que, pour l'instant, se côtoient parfois dans son cabinet des femmes enceintes, des mères avec leurs jeunes enfants et des personnes malades. Outre des locaux pas toujours adaptés, les moyens matériels mis à la disposition des magistrats musulmans paraissent le plus souvent restreints. Par exemple, le mobilier se résume généralement au strict minimum et parmi les différents tribunaux visités, seul celui de Nairobi possède un ordinateur en état de fonctionnement. À Malindi, le juge de droit musulman a été obligé de se procurer un ordinateur par ses propres moyens – qui est d'ailleurs depuis tombé en panne- et à Mombasa, où le tribunal islamique est pourtant très chargé, la secrétaire doit taper tous les documents officiels sur une vieille machine à écrire. Dans la capitale même, le Kadhi ne semble pas mieux loti et, par exemple, en 2006, le remplacement d'une simple bouilloire électrique a nécessité près de six mois. Dans cette ville, le tribunal de droit musulman constitue d'ailleurs un exemple des plus révélateurs du caractère subalterne de ces institutions au sein de l'administration judiciaire, puisque son isolement est perceptible à travers sa localisation. L'institution se situe, en effet, à l'écart de toutes les autres administrations judiciaires, dans une zone résidentielle assez éloignée du centre-ville et mal desservie par les transports en commun. Cet emplacement devait être temporaire, pourtant la situation perdure depuis janvier 2005⁷⁸⁶.

⁷⁸⁶ Entretien avec Ahmed Sherif Al Muhdhar, Kadhi de Nairobi, Nairobi, le 26 octobre 2005.

La salle du tribunal de Kadhi, à Mombasa



Le cabinet du Kadhi, à Garissa



limité de litiges et le juge s'y trouve quelques fois sous-employé. Par exemple, le magistrat de Nyeri a confié qu'en général il ne travaille pas les après-midi car peu de plaignants le sollicitent et il a même avoué espérer ne pas rester trop longtemps dans cette localité où le manque de travail rend le poste moins attrayant⁷⁸². Aussi, en 2005, le Kadhi n'a jugé que de dix-sept affaires. Dans un pays où certains litiges ne sont résolus qu'après plusieurs années en raison de l'encombrement de la plupart des tribunaux, une telle situation questionne sur l'opportunité de la présence d'un Kadhi dans cette ville, d'autant plus qu'une fois encore d'autres localités à forte population musulmane en sont dépourvues. Certes, la suppression pure et simple du poste de Kadhi de Nyeri serait une solution trop radicale, car les musulmans se retrouveraient alors privés de juge islamique. En revanche, comme l'a souligné Reuben N. Nyakundi, le *Chief Magistrate* de Nyeri, étant donné que des villes voisines comme Meru ou Embu sont dépourvues de Kadhi, le juge, à intervalles réguliers, pourrait se déplacer dans ces localités pour y résoudre les problèmes des musulmans ou enregistrer leurs mariages et leurs divorces⁷⁸³. C'était d'ailleurs la pratique dans certaines régions sous la colonisation britannique et c'était encore le cas jusque récemment puisque Mshali Hamisi Mshali, en poste à Nakuru, a expliqué que ce n'est que depuis 1996 qu'un Kadhi a été nommé de manière permanente dans cette ville, alors qu'auparavant, le juge établi à Kisumu y venait fréquemment pour régler les affaires de statut personnel impliquant des musulmans⁷⁸⁴. De même, le Kadhi de Malindi a confié que la ville est demeurée privée de juge islamique pendant près d'un an et demi, période au cours de laquelle le Chief Kadhi se déplaçait à intervalles réguliers depuis Mombasa pour traiter des litiges en attente⁷⁸⁵. Il paraît d'ailleurs intéressant de relever que les bureaux du Chief Kadhi se situent à Mombasa, alors que l'ensemble des administrations centrales se trouvent à Nairobi. Certes, ceci s'explique d'un point de vue historique, puisqu'à l'origine les juridictions islamiques n'existaient que le long de la Côte, mais aussi de manière symbolique, dans la mesure où Mombasa représente encore aujourd'hui la capitale judiciaire pour les musulmans. Toutefois, de façon pratique, comme l'a regretté Hammad Kassim, le Chief Kadhi en poste depuis 2002, cette situation ne semble pas des plus favorables, étant donné que tous les autres postes de la hiérarchie judiciaire se situent dans la capitale. Cette localisation illustre donc encore le statut à part des juridictions de droit musulman.

⁷⁸² Propos tenus hors entretien par Sheikh Mohamed Sheikh Hassan, Nyeri, le 12 juin 2006.

⁷⁸³ Entretien réalisé à Nyeri, le 15 juin 2006.

⁷⁸⁴ Entretien réalisé à Nakuru, le 20 février 2006.

⁷⁸⁵ Propos tenus hors entretien, Malindi, le 1^{er} novembre 2006.

Le magistrat en poste à Nairobi a par ailleurs confié que cet état de fait a un impact concret sur son travail dans la mesure où, le lieu étant difficilement accessible au public à moins de prendre un taxi, le nombre de personnes s'adressant au tribunal avait diminué⁷⁸⁷. À Nakuru, le Kadhi a également regretté que, bien que localisé sur le même site que les autres institutions judiciaires, son tribunal se trouve à l'écart, dans un bâtiment annexe⁷⁸⁸.

Il est vrai qu'en toute objectivité, les autorités kenyanes ne semblent pas considérer la situation des juridictions de droit musulman comme une priorité. Certes, le manque de moyen est commun à l'ensemble des cours de justice et il serait malhonnête de considérer que seuls les tribunaux de Kadhis en souffrent. Cependant, il demeure incontestable que ces derniers paraissent plus largement négligés. Par exemple, les Kadhis regrettent souvent d'avoir à se procurer eux-mêmes les ouvrages qu'ils utilisent pour élaborer leurs jugements, la plupart des livres relatifs au droit coranique étant rédigés en arabe et n'étant pas fournis par l'administration judiciaire. Sukyan Hassan Omar, en poste à Malindi a par exemple déclaré à ce sujet :

« Un autre problème auquel nous sommes confrontés concerne le manque d'ouvrages de référence. Pour nos sources, nous avons besoin de consulter tout un corpus de livres islamiques, parce nous sommes mandatés pour appliquer la charia islamique, à la fois de manière substantive et en matière de preuve. Ces livres sont pour l'essentiel en arabe et très rarement en anglais. Mais je ne suis pas au courant que le Gouvernement ait fait quoi que ce soit pour fournir ces ouvrages aux Kadhis. Ceux qui sont ici proviennent de ma propre bibliothèque. C'est comme s'il n'y avait aucun effort du Gouvernement pour nous approvisionner en livres de référence »⁷⁸⁹

Le Kadhi de Kisumu a également soulevé cette question, expliquant qu'il serait nécessaire que le Gouvernement fournisse aux magistrats musulmans des ouvrages théoriques rédigés en anglais⁷⁹⁰. En ce qui concerne le petit matériel, les Kadhis sont également parfois mal lotis et, en juin 2006, le magistrat en poste à Nairobi s'est retrouvé à court de certificats de mariage vierges pendant plus d'un mois. Il a dû réorienter les personnes désireuses d'enregistrer leur

⁷⁸⁷ Entretien réalisé à Nairobi, le 26 octobre 2005. Il a précisé qu'il n'est pas toujours facile pour des individus ayant parfois des moyens limités de s'offrir les services d'un chauffeur, c'est pourquoi un certain nombre de personnes préfèrent sans doute chercher assistance auprès d'autres musulmans, de manière informelle.

⁷⁸⁸ Propos tenus hors entretien, le 23 février 2006.

⁷⁸⁹ « *Another problem we are facing concerns the lack of references. For our references, we need to consult an Islamic corpus of books, because we are mandated to apply Islamic Sheria both as substantive law and law of evidence. These books are mostly in Arabic and very rarely in English. But I am not aware that the Government has done anything to provide the Kadhis with these books. The ones that are here are from my own library. It is like there is no effort by the Government to provide us with references* ». Entretien réalisé à Malindi, le 11 décembre 2006.

⁷⁹⁰ Entretien réalisé à Kisumu, le 20 mars 2006.

union auprès d'autres officiers musulmans mandatés pour ce faire, en particulier auprès de Mohamed Swalihu, à la mosquée Jamia, ou de Mohammed Suleiman Munyu, dans le quartier de California. Toutes ces difficultés matérielles rendent parfois le travail des Kadhis difficile et, surtout, l'accès aux services de leurs tribunaux problématique lorsque, comme dans le cas précédent, l'obtention de documents en théorie fournis par l'institution n'est pas possible.

En outre et de manière assez symbolique, les certificats de mariage et de divorce, tout comme les registres qu'utilisent les Kadhis reflètent le statut « à part » de ces tribunaux. Les certificats vierges sont, en effet, imprimés en arabe et en anglais, alors que les registres sont uniquement rédigés en graphie arabe. Il paraît assez surprenant que l'arabe, qui n'est pas une langue officielle au Kenya, soit ainsi utilisé pour des documents fournis par les autorités. En réalité, l'explication tient à des considérations historiques, puisque jusqu'à l'indépendance, les juges de droit musulman étaient souvent plus familiers de l'arabe que de l'anglais. En outre, le choix de conserver des registres et des certificats utilisant cette langue apparaît symbolique puisque l'arabe fait en quelque sorte figure de langage « officiel » de l'islam. Pour remplir les imprimés en questions, les Kadhis ou leurs clercs utilisent en revanche la langue anglaise ou, plus rarement, le swahili. Toutefois, à Mombasa et à Nairobi, il est possible de consulter d'anciens registres des années 1960 à 1970 calligraphiés en arabe. D'un point de vue pratique, le fait que ces documents ne soient pas écrits en anglais ou en swahili soulève un problème évident, concernant la difficulté pour un non musulman, qui n'a pas appris l'arabe, de travailler en tant que clerc dans un tribunal de Kadhi.

b. Des magistrats plus ou moins bien assistés dans leur travail.

L'une des caractéristiques de la justice islamique concerne l'unicité du juge, la doctrine musulmane rejetant toute possibilité de formation collégiale. Toutefois, de façon historique, comme le soulignent Louis Milliot et François-Paul Blanc, si le Kadhi était toujours seul à juger, il recevait l'aide de deux groupes de personnes : des conseillers et les témoins. Le rôle des premiers se rattachait à la pratique de la consultation, très importante dans un système qui ne connaissait pas de pouvoir législatif officiel organisé. Ensuite, les témoins du Kadhi occupaient une place fondamentale, non seulement en raison de l'importance des dépositions orales, mais aussi parce qu'ils remplissaient un certain nombre d'autres missions, agissant par exemple comme greffiers ou prenant acte des jugements

rendus⁷⁹¹. Certes, dans le système en place au Kenya, de tels administrateurs n'existent pas, mais le magistrat de droit islamique est en général assisté par un nombre variable de clercs. Ces derniers, d'après la législation et contrairement aux Kadhis, n'ont pas le devoir d'être musulmans pour exercer leurs fonctions, même si, selon la théorie islamique, ils devraient professer l'islam et posséder un certain nombre de qualités, telles que la piété et l'honnêteté, une bonne élocution, une bonne calligraphie, la maîtrise de la langue arabe et la connaissance de la loi coranique⁷⁹². Sur la question, Bwana Athman Bwana, employé auprès du Kadhi de Nairobi, a confié que, d'après lui, les personnes travaillant dans les institutions de droit coranique devraient professer l'islam, parce que ces juridictions traitent d'affaires concernant des musulmans et que, par conséquent, une personne d'une autre religion ne serait pas à même de comprendre le droit islamique et d'aider au mieux les justiciables⁷⁹³. Le même sentiment a été exprimé par Mohammed Ashur, assistant le Kadhi de Mombasa⁷⁹⁴.

Certes, dans les faits, la majorité des clercs des institutions kadhiales sont de confession islamique : c'est le cas des deux officiers du tribunal de Nairobi, des quatre employés du tribunal de Mombasa et des clercs des tribunaux de Garissa et de Lamu. Cependant, les Kadhis n'ont pas toujours de clerc assigné spécifiquement à leur cour et, dans ce cas, il est rare que la personne en question soit musulmane. En effet, dans les autres villes visitées, les clercs des Kadhis étaient tous de confession chrétienne et ceci ne semble pas poser de problème majeur, puisque leur travail ne diffère pas fondamentalement, que le tribunal se conforme au droit islamique ou au droit commun. Le Kadhi de Kisumu, en février 2007, s'est par exemple dit satisfait de son nouveau clerc, non-musulman, même s'il a confié que, dans l'absolu, il aurait préféré que l'employé professe l'islam⁷⁹⁵, en particulier pour qu'il puisse lire et remplir les registres rédigés en arabe. Ainsi, dans le cas où le clerc est de religion chrétienne, il rencontre sans aucun doute des difficultés pour comprendre et, à fortiori, pour compléter certains documents. Mshali Hamisi Mshali, expliquant qu'une personne devrait prochainement être affectée pour l'assister, a souligné ne pas craindre qu'un chrétien soit recruté, précisant :

« Aussi longtemps qu'il s'agit d'un clerc et qu'il connaît les procédures, il peut travailler dans ce tribunal, pour m'assister. Mais nous préférons les musulmans, parce

⁷⁹¹ MILLIOT, L. et BLANC, F.-P., 1987, *op. cit.*

⁷⁹² TYAN, É., 1960, *op. cit.*, pp. 256-257.

⁷⁹³ Entretien réalisé à Nairobi, le 25 novembre 2005.

⁷⁹⁴ Entretien réalisé à Mombasa, le 23 mai 2007.

⁷⁹⁵ Propos recueillis hors entretien, Kisumu, le 12 février 2007.

qu'il y a certains livres qui sont écrits en langue arabe et s'il n'est pas un musulman, il lui sera très dur de comprendre ces ouvrages ou de remplir certaines informations dans les registres rédigés en arabe »⁷⁹⁶

Mais, une fois encore, tous les Kadhis n'ont pas la chance d'être épaulés par un assistant et, comme l'ont regretté les juges de Nakuru et de Kwale, ils doivent alors cumuler les tâches de clerc et de magistrat⁷⁹⁷. Mshali Hamisi Mshali, à Nakuru, a souligné que ceci soulève parfois des difficultés, comme lorsque des individus viennent déposer plainte et, ne sachant pas comment rédiger leur requête, attendent l'aide du Kadhi⁷⁹⁸. Le Kadhi de Malindi a expliqué ne pas avoir de clerc propre, ce dernier travaillant aussi pour d'autres magistrats et faisant office d'interprète lorsque des parties italiennes sont convoquées devant les divers tribunaux⁷⁹⁹. C'est pourquoi, lorsque son assistant n'est pas disponible, le Kadhi se voit contraint de réaliser certaines tâches non judiciaires, comme remplir les registres ou les certificats de mariage et de divorce⁸⁰⁰.

Dans tous les cas, que les Kadhis aient un assistant qui leur soit propre ou qu'ils aient à le partager, le travail des greffiers demeure capital, en ce que ces derniers régulent l'activité du tribunal. Première personne à laquelle les individus venus déposer plainte ou demander conseil sont confrontés, le clerc peut, en effet, « trier » entre les affaires qui sont recevables et celles qui ne nécessitent pas d'être présentées au Kadhi, ou orienter les parties vers d'autres cours de justice. D'ailleurs, en ce sens, leur marge d'appréciation semble assez importante. Hassan Suleiman, travaillant à Nairobi, a par exemple confié que les problèmes de garde d'enfants sont généralement déferés au tribunal pour enfants, même si parfois, estimant que le différend n'est pas complexe, il accepte que la plainte soit déposée auprès du Kadhi⁸⁰¹. Douglas Randu, clerc à Malindi a également expliqué ne pas constituer de dossier pour chaque affaire présentée⁸⁰². Avant toute chose, il interroge sur le motif du recours au tribunal et, en fonction de l'opportunité et de la pertinence de la demande au regard de la juridiction

⁷⁹⁶ « *As long as he is a clerk and that he knows the procedures, he can work with that court, to assist. But we prefer Muslims, because there are some books that are written in Arabic language. So, if he is not a Muslim, it is going to be very difficult for him to understand these books or to fill some information in the Arabic written registers* ». Entretien réalisé à Nakuru, le 20 février 2006.

⁷⁹⁷ Entretiens avec Hamisi M. Mshali, Kadhi de Nakuru, Nakuru, le 20 février 2006 et Abdulhalim Hussein Athman, Kadhi de Kwale, Kwale, le 21 mai 2007.

⁷⁹⁸ Entretien réalisé à Nakuru, le 20 février 2006.

⁷⁹⁹ Malindi est une ville côtière située au nord de Mombasa. Elle est peuplée d'un nombre impressionnant d'Italiens, tant et si bien que la plupart des magasins et des habitants ont adopté cette langue, en plus de l'anglais.

⁸⁰⁰ Propos tenus hors entretien, Malindi, le 1^{er} novembre 2006. Lors de mon séjour à Malindi, le Kadhi a d'ailleurs semblé très heureux que je l'aide dans cette tâche !

⁸⁰¹ Propos tenus hors entretien, Nairobi, le 29 juillet 2006.

⁸⁰² Entretien réalisé à Malindi, le 11 décembre 2006.

du Kadhi, il décide seul si la requête justifie le dépôt d'une plainte. Il a d'ailleurs précisé que, le plus souvent, les plaideurs sont renvoyés auprès d'une autre institution, expliquant, par exemple, que de nombreux individus pensent que le Kadhi est compétent pour les affaires de dettes, alors que son institution n'a pas juridiction en la matière. Mohammed Ashur, clerc du Kadhi de Mombasa, a lui aussi affirmé systématiquement questionner les justiciables sur les raisons de leur venue, afin que ces derniers ne dépensent pas leur argent pour un litige qu'ils pourraient solutionner en dehors du tribunal⁸⁰³.

Le travail des clercs est encore essentiel puisque, en plus de gérer les dossiers des justiciables, ils assistent le Kadhi et réalisent certaines tâches simples que le magistrat n'a pas toujours le temps d'accomplir. Dans ce sens, Ismail Abdallah, en poste à Lamu, a expliqué avoir placé un écriteau à l'entrée de son cabinet, spécifiant qu'avant toute chose, les personnes souhaitant le voir devaient en informer Zeinab, sa clerc. Il a aussi précisé refuser de recevoir quiconque n'aurait pas au préalable accompli cette formalité, se justifiant par le fait que certaines requêtes très simples peuvent être prises en charge par son assistante. Ismail Abdallah a encore insisté sur l'importance de Zeinab lors des auditions, dans la mesure où il préfère toujours qu'un tiers soit présent, afin d'avoir un témoin en cas de problème⁸⁰⁴. À Nairobi ou à Mombasa, où le tribunal de Kadhi est assez actif, les clercs sont d'une importance fondamentale pour soulager le magistrat musulman. Ils remplissent les registres et les divers certificats, ne sollicitant le Kadhi que pour apposer sa signature et les officialiser. Parfois même, les clercs assistent le Kadhi, lorsque celui-ci leur demande conseil. Ceci se produit assez régulièrement à Mombasa, où le Kadhi consulte parfois Mohammed Ashur, qui jouit d'une longue expérience au sein de l'institution judiciaire. Douglas Randu, à Malindi, a aussi confié parfois aider le juge musulman lorsque ce dernier se trouve confronté à des conflits entre différents textes de lois ou lorsqu'il rencontre des problèmes avec certains textes de droit commun.

⁸⁰³ Entretien réalisé à Mombasa, le 23 mai 2007.

⁸⁰⁴ Propos recueillis hors entretien, Lamu, le 6 mars 2007.

Les clers du Kadhi de Nairobi

Bwana Athman Bwana



Hassan Suleiman



L'importance des assistants du Kadhi a été soulignée dans les travaux de Susan F. Hirsch et de Erin Stiles, qui illustrent le rôle des clercs, non seulement intermédiaires entre le juge et les justiciables, mais aussi aides des parties, qu'ils assistent pour la préparation des documents écrits ou en leur expliquant les procédures. Les différents clercs interrogés ont bien confirmé que, en plus de leur travail quotidien qui consiste à remplir les registres du tribunal, à rédiger les certificats de mariage et de divorce et à tenir à jour les dossiers, ils assistent souvent les justiciables, dont la plupart ne sont pas très familiers des procédures judiciaires ou ne savent même pas comment déposer leur plainte ou présenter leur défense⁸⁰⁵. Par exemple, Hassan Suleiman, l'un des clercs du Kadhi de Nairobi, a révélé qu'un nombre important de plaignants musulmans et surtout de musulmanes sont illettrés et ne disposent pas des ressources suffisantes pour recevoir l'assistance d'un avocat. C'est pourquoi, afin que ces personnes puissent malgré tout accéder à la justice, en plus de ses fonctions officielles, il les assiste de manière informelle, recueillant les doléances sous leur forme brute et contribuant à les rédiger en une requête claire⁸⁰⁶. Ceci semble assez caractéristique des tribunaux de Kadhis, dans la mesure où les procédures y sont en général respectées de manière moins stricte et où l'écart entre les procédures normées et la pratique concrète est parfois important⁸⁰⁷. Dans certains cas, le fait que des clercs outrepassent leur fonctions officielles pourrait constituer un moyen d'augmenter leur salaire. Par exemple, lors d'un séjour à Kisumu en mars 2006, la clerc a été surprise à recevoir une rémunération pour assister un justiciable dans la rédaction de sa plainte, ce qu'elle a justifié en expliquant à ce dernier qu'elle n'était pas censée accomplir ce genre de travail. Si la pratique est moralement condamnable, étant donné le faible salaire des officiers cléricaux, elle se tolère néanmoins⁸⁰⁸. Pourtant, le plus souvent, le service est rendu sans contrepartie, les clercs le considérant plus ou moins comme une de leurs tâches. Les assistants du Kadhi jouent donc un rôle crucial pour le bon fonctionnement du tribunal, mais aussi pour rendre la justice plus accessible et plus compréhensible. Cependant, dans tous les cas, le rendu du jugement final demeure la compétence du Kadhi seul, dont le statut au sein de l'administration judiciaire se révèle assez particulier.

⁸⁰⁵ Entretiens avec Bwana Athman Bwana, Nairobi, le 25 novembre 2005 ; Hassan Suleiman, Nairobi, le 29 novembre 2005 ; Hidayat, Kisumu, le 23 mars 2006 ; Douglas Randu, Malindi, le 11 décembre 2006 ; Mohammed Ashur, Mombasa, le 23 mai 2007.

⁸⁰⁶ Entretien réalisé à Nairobi, le 29 novembre 2005.

⁸⁰⁷ Les clercs ne sont, en effet, pas censés assister les parties dans la formulation ou la rédaction de leurs requêtes.

⁸⁰⁸ Hassan Suleiman, clerc au tribunal de Kadhi de Nairobi, a confié que sa rémunération mensuelle nette s'élevait à environ 6,000 Shillings au début de sa carrière et à 14,000 Shillings actuellement, ce qui équivaut à plus ou moins 152 euros par mois. Entretien réalisé à Nairobi, le 29 novembre 2005.

La salle d'attente au tribunal de Kadhi de Mombasa



2) Un juge doté d'un statut et d'une image particuliers.

Symboliquement et de par leur apparence même, les Kadhis se distinguent des autres magistrats, tous ceux rencontrés portant la tenue musulmane masculine traditionnelle, composée d'un *kanzu*, une sorte de longue robe le plus souvent de couleur blanche, et du chapeau islamique, dénommé *kofia* en swahili. Dès le premier abord, en pénétrant dans un tribunal de Kadhi, aucun doute ne peut subsister, le magistrat officiant en ces lieux est assurément musulman. D'ailleurs, l'article 66 (2) (a) de la Constitution précise que, pour être nommé Kadhi, le tout premier critère repose sur la pratique de la religion islamique⁸⁰⁹. De façon historique, d'ailleurs, le Kadhi était symbole de foi musulmane car, ainsi que l'expose Émile Tyan, il « *n'a à juger qu'entre musulmans, parce que musulmans* » et apparaît ainsi « *comme le représentant qualifié de la religion musulmane* »⁸¹⁰. Le Kadhi n'est donc pas un magistrat comme les autres et sa fonction recouvre une forte dimension religieuse, d'autant plus perceptible dans un environnement où la majorité des juges sont de confession chrétienne.

Le fait que le Gouvernement ne soit pas islamique témoigne d'ailleurs, à travers la procédure de nomination des Kadhis, des défis posés par l'application du droit musulman dans un État non confessionnel. Selon la doctrine classique, le Kadhi est le délégué ou le représentant du Calife, du gouvernement souverain ou de toute autre personne agissant en son nom. Mais au Kenya, ces magistrats ne sont que des fonctionnaires, choisis par une autorité séculière, d'autant plus que les musulmans ne sont en aucun cas consultés pour la désignation de leurs juges. Cela peut se percevoir comme une marque du contrôle exercé par l'État sur les diverses institutions musulmanes, également perceptible à travers la politique qui a consisté à institutionnaliser certaines organisations, telles que le *Supreme Council of Kenya Muslims* (SUPKEM). Mais cela rappelle aussi le caractère public de la fonction kadhiale au Kenya.

La plupart des Kadhis rencontrés se sont estimés satisfaits de leur statut au sein de l'administration judiciaire, même si, au cours des entretiens ou après plusieurs rencontres, beaucoup d'entre eux ont déploré une position moins enviable que les autres magistrats, que se soit en termes de rémunération, de prestige ou de progression de carrière. De plus, un

⁸⁰⁹ L'article 66 (2) dispose : « *A person shall not be qualified to be appointed to hold or act in the office of Kadhi unless – (a) he professes the Muslim religion* ».

⁸¹⁰ TYAN, É., 1960, *op. cit.*, p. 117.

certain nombre ont souligné l'ambiguïté de leur position et le fait que les justiciables eux-mêmes ne les considèrent pas toujours comme des fonctionnaires. La charge de Kadhi apparaît donc complexe et difficile à cerner. Les magistrats islamiques se révèlent tout d'abord particuliers, dans la mesure où les conditions de leur nomination insistent plus sur le critère religieux que sur leurs qualifications juridiques. Par ailleurs, en théorie chargé de l'application du droit coranique, le Kadhi accomplit en réalité bien d'autres missions, plus liées à une position religieuse ou communautaire. Ceci explique pourquoi le prestige et l'ethnie exercent une influence probable dans le choix de ces magistrats.

a. Un juge sans qualification et au statut précaire?

Comme il l'a été exposé dans le chapitre précédent, lors des débats constitutionnels et dans le cadre des discussions relatives au système judiciaire, il a été proposé que l'accès à la fonction de Kadhi soit conditionné à l'acquisition d'un minimum de qualifications académiques en droit islamique, voire en droit général. En la situation actuelle, les Kadhis n'ont pas nécessairement besoin de justifier de diplôme en droit, mais une connaissance basique de la loi musulmane suffit. L'article 66 (2) de la Constitution précise, en effet, que la seule exigence pour devenir Kadhi, outre la profession de l'islam, est de disposer d'« *une telle connaissance du droit musulman applicable à n'importe quelle secte ou sectes de musulmans qui le qualifie, selon l'opinion de la Judicial Service Commission, pour diriger un tribunal de Kadhi* »⁸¹¹. La marge d'appréciation de la *Judicial Service Commission* à ce sujet semble donc assez large, puisqu'aucun critère objectif ne lui permet de considérer que tel ou tel individu connaît suffisamment le droit coranique pour exercer en qualité de Kadhi. Aucune formation spécifique n'étant exigée des juges de droit musulman, ces derniers paraissent plutôt désignés en fonction de leur personnalité, même si la procédure de sélection répond aux mêmes règles que pour les autres magistrats. Comme pour tous les emplois de la fonction d'État, en cas de vacance d'un poste de Kadhi, le Gouvernement publie une annonce et les personnes s'estimant qualifiées peuvent se porter candidates. Elles sont ensuite convoquées pour un entretien et, en cas de succès, la fonction leur est attribuée par la *Judicial Service Commission*. Cette dernière se compose du *Chief Justice*, de l'*Attorney General*, d'un Juge de la Haute Cour, d'un Juge de la Cour d'Appel et du Président de la *Public Service Commission*. Cependant, pour la nomination des Kadhis, et depuis quelques années, le Chief

⁸¹¹ « ...he possesses such knowledge of the Muslim law applicable to any sect or sects of Muslims as qualifies him, in the opinion of the Judicial Service Commission, to hold a Kadhi's court ».

Kadhi est aussi sollicité. Ceci ne figure pas dans la loi de manière explicite, même si le projet de Constitution Bomas prévoyait que le Chief Kadhi soit membre de la commission en question. Il semble toutefois logique que celui-ci soit au moins convié à donner son avis sur le choix des futurs Kadhis, puisqu'il paraît le mieux placé, parmi les membres de la fonction judiciaire, pour évaluer les compétences des postulants dans le domaine du droit coranique. Ce n'est pourtant qu'en 2004, lors de la nomination de magistrats pour les districts de Malindi, Isiolo et Bungoma que, pour la première fois, le Chief Kadhi a été invité à donner son opinion sur les candidats et à siéger au sein du Comité de la *Judicial Service Commission*. Hammad Kassim a déclaré à cette occasion que, les musulmans n'ayant jusqu'alors pas été engagés dans le choix des Kadhis, des problèmes avaient surgi dans certaines localités, la légitimité de ces magistrats se voyant parfois contestée⁸¹². Pourtant, jusque dans les années 1980, la procédure de nomination des juges de droit coranique était plus ou moins sous le contrôle du Chief Kadhi. Sheikh Ali Darani, un magistrat à la retraite, a expliqué avoir été interrogé et recommandé par le Chief Kadhi de l'époque, feu Sheikh Abdallah Saleh al-Farsy, avant sa nomination officielle par la *Judicial Service Commission*⁸¹³. Dans la situation actuelle, pour certains, même si le Chief Kadhi est appelé à donner son avis, à titre consultatif, le fait que les juges de droit coranique soient, en dernier ressort, choisis par une institution séculière, porte atteinte aux principes islamiques. Pourtant, d'après Hammad Kassim, même si d'aucuns ne s'estiment pas satisfaits de la désignation des Kadhis par les autorités étatiques, ceci ne remet en rien en cause la légitimité des juges de droit musulman puisque ce Gouvernement séculier est celui que les citoyens, y compris les fidèles eux-mêmes, ont porté au pouvoir⁸¹⁴.

Malgré tout, les Kadhis demeurent dans une position particulière puisqu'ils représentent les seuls magistrats à ne pas avoir été formés selon la procédure classique. Les candidats à un poste au sein de la magistrature kenyane doivent recevoir une formation en droit à l'université, puis obtenir un diplôme de la *Kenya School of Law*, afin d'être autorisés à pratiquer⁸¹⁵. Or, les Kadhis échappent à cette règle, ce qui interroge leur professionnalisme et les critères selon lesquels ils sont choisis. Plusieurs avocats, dont des musulmans, ont souligné que le manque de qualification des Kadhis représentait le principal problème lié à la fonction, remettant parfois en cause leur habilité à résoudre les affaires selon les règles normalement en

⁸¹² *Friday Bulletin*, 22/10/04, pp. 1-3.

⁸¹³ Entretien réalisé à Mombasa, le 17 janvier 2006.

⁸¹⁴ Entretien réalisé à Mombasa, le 21 octobre 2005.

⁸¹⁵ Entretien avec Nicanory A. Akanga, avocat, Mombasa, le 13 janvier 2006.

vigueur⁸¹⁶. Par exemple, Ahmednassir M. Abdullahi, l'ancien Président de la *Law Society of Kenya*, a expliqué :

« Je pense que les tribunaux de Kadhis ont un problème en ce qu'ils ne sont pas gérés par des juristes. Les Kadhis ne sont pas des avocats, contrairement à ce qui se passe dans tous les autres tribunaux du Kenya. Si vous prenez l'exemple des magistrats, il s'agit d'avocats qui ont décidé de devenir magistrats. Mais les Kadhis ne sont pas des juristes, ils n'ont pas été formés comme juristes. Ils peuvent posséder un diplôme en droit islamique d'une université étrangère, mais ils n'ont pas la formation des avocats pour recueillir des preuves, rédiger des arrêts. Ce qu'ils devraient faire à l'avenir est de nommer des juristes pour devenir Kadhis, afin que leurs tribunaux deviennent comme tous les autres (...) Ils ont besoin d'employer des juristes professionnels. Mais le problème est qu'il n'existe pas suffisamment d'avocats musulmans qui souhaiteraient devenir Kadhi, c'est le plus gros problème. Les tribunaux de Kadhis se situent très bas en termes de salaire, de progression de carrière, c'est pourquoi aucun avocat ne souhaiterait devenir Kadhi »⁸¹⁷

Il est vrai qu'un certain nombre de magistrats musulmans n'ont pas de formation juridique particulière et ceux diplômés en droit islamique ont obtenu leur qualification auprès d'universités de pays arabes ou musulmans, puisqu'aucune université kenyane n'offre de spécialisation dans ce domaine⁸¹⁸. Il est aussi probable que ceux qui possèdent les capacités requises préfèrent d'autres emplois en raison de la faible rémunération des Kadhis, ce qui contribue encore au manque de candidats qualifiés pour exercer ces fonctions⁸¹⁹. Cependant, les choses semblent évoluer et les juges désignés récemment apparaissent de plus en plus diplômés. Sur les dix Kadhis rencontrés et toujours en fonction, six sont diplômés en droit islamique, comme l'indique le tableau précédent. Sukyan Hassan Omar, Kadhi de Malindi et Mshali Hamisi Mshali, Kadhi de Nakuru, ont reçu leur formation au Pakistan ; Rashid Ali Omar, en poste à Kisumu, a étudié à Médine, en Arabie Saoudite, Ahmed Sherif Al-Muhdhar, le Kadhi de Nairobi possède un diplôme de l'Université du Koweït, Abdulhalim Hussein

⁸¹⁶ Le même genre de constat est fait par John R. Bowen au sujet de l'Indonésie, soulignant qu'il est rare pour les juges musulmans de posséder des qualifications académiques en droit. BOWEN, J.R., 2000, *op. cit.*, p. 104.

⁸¹⁷ « *I think the Kadhis' Courts have one problem in the sense that they are not managed by lawyers. The Kadhis are not lawyers, unlike any other court in Kenya. If you look at the magistrates, they are lawyers who have decided to become magistrates. But the Kadhis are not lawyers, they have not been trained as lawyers. They may have a degree in Islamic Sheria from a foreign university, but they do not have that lawyer training on how to take evidence, on how to write rulings. So probably what they have to do in the future is to appoint lawyers to become Kadhis, so that they become like any other court (...) They need to employ professional lawyers. But the problem is that there are not enough Muslim lawyers who want to become Kadhis, that is the biggest problem. The Kadhis' Courts are very low in terms of salary, carrier progression, so there is no lawyer who wants to become a Kadhi* ». Entretiens réalisés à Nairobi, le 28 octobre 2005 et le 26 juin 2006.

⁸¹⁸ Les études de droit incluent quelques cours relatifs au droit musulman de la famille, puisque ce dernier fait partie intégrante de la législation kenyane. En dehors de cela, il n'existe pas de formation plus poussée en la matière.

⁸¹⁹ Yitzhak Reiter dresse le même constat au sujet des Kadhis dans l'État d'Israël, expliquant que ces postes sont peu attractifs pour les diplômés. REITER, Y., 1997, *op. cit.*, p. 207.

Athman, en fonction à Kwale, a étudié à l'Université d'Al-Azhar, en Égypte et Hammad Kassim, le Chief Kadhi possède un diplôme d'arabe et d'études islamiques de l'Université d'Ibadan, au Nigeria. Les autres ont reçu leur éducation islamique de manière classique, dans des *madrasas* locales, et un certain nombre d'entre eux ont été enseignants avant de rejoindre la fonction judiciaire⁸²⁰. Rares sont, en effet, ceux qui ont intégré les tribunaux directement après la fin de leurs études. L'accès à la fonction de Kadhi représentait plutôt, à l'origine, une promotion, après avoir enseigné les études coraniques. Cependant, de ce point de vue aussi, la situation évolue lentement puisque deux Kadhis désignés récemment, Sheikh Mohammed Sheikh Hassan, en poste à Nyeri, et Sukyan Hassan Omar, de Malindi, ont accédé à ce poste juste après la fin de leurs études, sans avoir jamais exercé d'autre emploi. Toujours est-il que les éventuelles qualifications des Kadhis demeurent limitées au droit coranique, alors que la nécessité de compétences en droit commun a été mise en avant par différents avocats, voire par plusieurs Kadhis⁸²¹. De ce point de vue, une nette coupure semble se dessiner entre les magistrats les plus « jeunes » ou les plus récemment nommés et les « anciens ». Par exemple, d'après Sheikh Ali Darani, un Kadhi désormais à la retraite, les magistrats de droit musulman n'ont nullement besoin d'être diplômés en droit islamique pour exercer correctement leurs fonctions et il a assuré que tous les anciens Kadhis et Chief Kadhis, sans aucune formation particulière, étaient très compétents, peut-être même plus que certains Kadhis titulaires de diplômes d'universités étrangères et actuellement en poste⁸²². Il est vrai que la « qualification » des Kadhis n'est pas forcément liée à leur degré d'éducation, mais dépend aussi de leur statut au sein de la société ou de leur expérience. Par exemple, Sheikh Twalib Bwana, à Mombasa, a semblé beaucoup plus rigoureux que certains autres Kadhis diplômés, alors que lui-même ne possède pas le moindre titre en droit islamique. Malgré tout, plusieurs magistrats nommés depuis peu ont reconnu que, s'ils possédaient des qualifications académiques, leur emploi en serait valorisé.

⁸²⁰ Parmi les treize Kadhis ou anciens Kadhis rencontrés, sept ont été enseignant avant de rejoindre la fonction judiciaire, la plupart en arabe ou en éducation religieuse islamique, soit dans des *madrasa*, soit dans des écoles publiques.

⁸²¹ Sukyan Hassan Omar, en poste à Malindi, possède cependant un diplôme en droit comparé de l'Université de Karachi, au Pakistan. Entretien réalisé à Malindi, le 30 octobre 2006.

⁸²² Entretien réalisé à Mombasa, le 17 janvier 2006.

Tableau 1. Les différents Kadhis en poste en 2007

Nom du magistrat	Poste (depuis)	Origine géographique	Date de prise du premier poste	Possède une formation en droit
Hammad M. Kassim (Chief Kadhi)	Mombasa (2002)	Lamu, Arabe	1992	Oui Université d'Ibadan, Nigeria
Ahmed Sherif Al Muhdhar	Nairobi (2002)	Malindi, Swahili	1997	Oui Université du Koweit
Sheikh Twalib Bwana Mohammed	Mombasa (2004)	Mombasa, Bajuni	1995	Non
Sukyan Hassan Omar	Malindi (2005)	Wajir, Somali	2005	Oui Université au Pakistan
Ismail A. Abdallah	Lamu (2005)	Ouest du Kenya, Luhya	1988	Non
Abdulhalim Hussein Athman	Kwale (2004)	Malindi, Bajuni et Digo- Shirazi	2004	Oui Université Al-Azhar, Égypte
Rashid Ali Omar	Kisumu (2005)	Wajir, Somali	1995	Oui Université de Médine, Arabie Saoudite
Mshali Hamisi Mshali	Nakuru (2005)	Wasini Island, Shirazi	1996	Oui Université de Karachi, Pakistan
Sheikh Mohamed Sheikh Hassan	Nyeri (2005)	Garissa, Somali	2005	Non
Osman Shurie	Garissa (2005)	Garissa, Somali	1984	Non

Le fond du problème tient d'ailleurs aux revendications des Kadhis à être considérés à égalité avec les autres magistrats. Or, il ne paraît pas choquant que ces derniers soient mieux rémunérés ou jouissent d'un statut mieux respecté, à partir du moment où ils ont poursuivi des études longues et où ils sont hautement qualifiés. L'avocate musulmane Yasmina Ali a d'ailleurs affirmé que si le Chief Kadhi ne possède pas de diplôme en droit islamique ou en droit général, il est compréhensible qu'il ne puisse pas siéger à la Haute Cour, car il ne détient pas le savoir nécessaire⁸²³. L.K. Kimaru, juge de la Haute Cour de Nakuru, a expliqué que pour accéder à cette position, un individu doit être diplômé en droit auprès de n'importe quelle université du Commonwealth, puis étudier à la *Kenya School of Law* et enfin exercer pendant au moins sept ans en qualité d'avocat de la Haute Cour du Kenya⁸²⁴. Il serait donc contestable que le Chief Kadhi siège auprès de cette institution, alors qu'il n'a pas forcément étudié à l'université. D'ailleurs, la plupart des Kadhis ne seraient pas opposés à ce que des critères plus stricts soient fixés pour accéder au poste de juge de droit islamique, afin que cette fonction soit mieux considérée au sein du système judiciaire. L'un des aspects qui semble le plus tenir au cœur des juges musulmans eux-même concerne, en effet, leur faible prestige au sein de l'administration et l'absence de progression dans leur carrière. À ce sujet, le Kadhi de Lamu, s'est par exemple plaint que :

« Nous n'avons pas de schéma de carrière. Tout au long de ma carrière, j'ai été Kadhi II et je vais partir à la retraite ou bien mourir en tant que Kadhi II, il n'y a aucune promotion »⁸²⁵

De ce point de vue encore, les Kadhis occupent donc une position à part. Pour les magistrats de droit commun, il existe toute une hiérarchie, dans laquelle ils progressent au cours de leur carrière. Après avoir commencé à travailler en qualité de *Magistrate 1*, ils poursuivent comme *Magistrate 2*, avant de pouvoir devenir *District Magistrate*, puis *Resident Magistrate*, *Senior Resident Magistrate*, *Principal Magistrate*, *Senior Principal Magistrate* et enfin, tout au sommet de la hiérarchie, *Chief Magistrate*. Dans le cas des Kadhis, comme l'a exposé Hammad Kassim, il n'existe que trois catégories de postes : Kadhi II, Kadhi I et Chief Kadhi⁸²⁶. Toutefois, la différence entre les Kadhis I et les Kadhis II n'équivaut pas à une véritable promotion, dans la mesure où un individu peut être Kadhi I tout en étant moins qualifié qu'un Kadhi II ou bien, à l'image d'Ismail Abdallah cité précédemment, un magistrat

⁸²³ Entretien réalisé à Mombasa, le 13 janvier 2006.

⁸²⁴ Entretien réalisé à Nakuru, le 20 février 2006.

⁸²⁵ Entretien réalisé à Lamu, le 5 mars 2007.

⁸²⁶ Entretien réalisé à Mombasa, le 21 octobre 2005.

peut rester Kadhi II tout au long de sa carrière. En 2007, il n'existait d'ailleurs qu'un seul Kadhi I, Ahmed Sherif Al Muhdhar, en poste à Nairobi, alors que tous les autres, qui ont pourtant des parcours éducatifs divers, jouissent tous du même statut. Le Kadhi de Malindi a longuement regretté cette situation, affirmant :

« Malheureusement, alors que la fonction judiciaire a évolué avec le temps, les tribunaux de Kadhis sont demeurés statiques. Je ne sais pas si l'idée que ces juridictions ne devraient pas évoluer faisait partie de la politique du Gouvernement, mais nous avons réalisé que les tribunaux de Kadhis n'ont pas le même statut que les autres. (...) Alors que tous les fonctionnaires du judiciaire possèdent un système bien défini à travers lequel leur carrière progresse, les Kadhis n'en ont pas (...). Il n'y a pas de progression dans le travail des Kadhis. Nous restons au même niveau, quel que soit notre diplôme (...). Il est donc très difficile pour des personnes qui sont capables d'administrer ce tribunal d'accepter de travailler comme Kadhi. Moi-même, je n'étais pas au courant, mais si je l'avais su, je n'aurais pas accepté, parce que ce que nous faisons n'est qu'un sacrifice »⁸²⁷

En 1992, l'*Attorney General* Amos Wako avait pourtant annoncé qu'un projet de plan de carrière avait été transmis au comité en charge de la question au sein de l'administration judiciaire⁸²⁸. Toutefois, la situation n'a pas évolué, peut-être parce que, comme l'a suggéré l'avocat Ahmed Adan, si les tribunaux de Kadhis n'ont jamais été modernisés et si le Gouvernement ne semble pas se préoccuper de leur sort, cela tient au fait que ce dernier ne considère pas la question comme un problème d'intérêt national, mais comme un thème islamique, ne concernant que les musulmans⁸²⁹. Pourtant, à la suite des débats constitutionnels, certains ont cherché à attirer l'attention des autorités sur la nécessité d'améliorer le statut des juges de droit coranique. Le député musulman Najib Balala a, par exemple, demandé au Gouvernement d'expliquer pourquoi le Chief Kadhi n'avait pas de garde du corps ou de véhicule officiel et pourquoi il devait utiliser sa voiture personnelle lorsqu'il se rend à des cérémonies publiques⁸³⁰. De même, du point de vue de la rémunération, les Kadhis se situent au plus bas de la hiérarchie du système judiciaire. La rétribution d'un Kadhi II s'élevait officiellement à 29,804 Shillings par mois, soit un peu moins de 325 euros

⁸²⁷ « Unfortunately, while the judiciary has with time evolved, the Kadhis' Courts remained static. I am not certain whether it was part of the Government policy that the courts should not develop further, but we came to discover that the Kadhis' Courts do not have a status like the other courts. (...) So, while all the workers of the judiciary have got a very well defined system through which they enhance their carrier, the Kadhis do not have (...). There is no progression of the job of the Kadhis. We stay at the same level, whatever diploma we have (...). You find it difficult for people who are capable to administer the court to accept the offer to work as a Kadhi. Myself, I was not aware, but if I knew I would not have accepted, because what we are doing is just a sacrifice ». Entretien réalisé à Malindi, le 11 décembre 2006.

⁸²⁸ *Daily Nation*, 17/07/92, p. 5 : « Kadhis' scheme of service proposed ».

⁸²⁹ Entretien réalisé à Nairobi, le 26 mai 2006.

⁸³⁰ *The Standard*, 22/10/05, p. 17 : « Balala: Government is not respecting Muslims ».

2) Un juge doté d'un statut et d'une image particuliers.

Symboliquement et de par leur apparence même, les Kadhis se distinguent des autres magistrats, tous ceux rencontrés portant la tenue musulmane masculine traditionnelle, composée d'un *kanzu*, une sorte de longue robe le plus souvent de couleur blanche, et du chapeau islamique, dénommé *kofia* en swahili. Dès le premier abord, en pénétrant dans un tribunal de Kadhi, aucun doute ne peut subsister, le magistrat officiant en ces lieux est assurément musulman. D'ailleurs, l'article 66 (2) (a) de la Constitution précise que, pour être nommé Kadhi, le tout premier critère repose sur la pratique de la religion islamique⁸⁰⁹. De façon historique, d'ailleurs, le Kadhi était symbole de foi musulmane car, ainsi que l'expose Émile Tyan, il « *n'a à juger qu'entre musulmans, parce que musulmans* » et apparaît ainsi « *comme le représentant qualifié de la religion musulmane* »⁸¹⁰. Le Kadhi n'est donc pas un magistrat comme les autres et sa fonction recouvre une forte dimension religieuse, d'autant plus perceptible dans un environnement où la majorité des juges sont de confession chrétienne.

Le fait que le Gouvernement ne soit pas islamique témoigne d'ailleurs, à travers la procédure de nomination des Kadhis, des défis posés par l'application du droit musulman dans un État non confessionnel. Selon la doctrine classique, le Kadhi est le délégué ou le représentant du Calife, du gouvernement souverain ou de toute autre personne agissant en son nom. Mais au Kenya, ces magistrats ne sont que des fonctionnaires, choisis par une autorité séculière, d'autant plus que les musulmans ne sont en aucun cas consultés pour la désignation de leurs juges. Cela peut se percevoir comme une marque du contrôle exercé par l'État sur les diverses institutions musulmanes, également perceptible à travers la politique qui a consisté à institutionnaliser certaines organisations, telles que le *Supreme Council of Kenya Muslims* (SUPKEM). Mais cela rappelle aussi le caractère public de la fonction kadhiale au Kenya.

La plupart des Kadhis rencontrés se sont estimés satisfaits de leur statut au sein de l'administration judiciaire, même si, au cours des entretiens ou après plusieurs rencontres, beaucoup d'entre eux ont déploré une position moins enviable que les autres magistrats, que se soit en termes de rémunération, de prestige ou de progression de carrière. De plus, un

⁸⁰⁹ L'article 66 (2) dispose : « *A person shall not be qualified to be appointed to hold or act in the office of Kadhi unless – (a) he professes the Muslim religion* ».

⁸¹⁰ TYAN, É., 1960, *op. cit.*, p. 117.

certain nombre ont souligné l'ambiguïté de leur position et le fait que les justiciables eux-mêmes ne les considèrent pas toujours comme des fonctionnaires. La charge de Kadhi apparaît donc complexe et difficile à cerner. Les magistrats islamiques se révèlent tout d'abord particuliers, dans la mesure où les conditions de leur nomination insistent plus sur le critère religieux que sur leurs qualifications juridiques. Par ailleurs, en théorie chargé de l'application du droit coranique, le Kadhi accomplit en réalité bien d'autres missions, plus liées à une position religieuse ou communautaire. Ceci explique pourquoi le prestige et l'ethnie exercent une influence probable dans le choix de ces magistrats.

a. Un juge sans qualification et au statut précaire?

Comme il l'a été exposé dans le chapitre précédent, lors des débats constitutionnels et dans le cadre des discussions relatives au système judiciaire, il a été proposé que l'accès à la fonction de Kadhi soit conditionné à l'acquisition d'un minimum de qualifications académiques en droit islamique, voire en droit général. En la situation actuelle, les Kadhis n'ont pas nécessairement besoin de justifier de diplôme en droit, mais une connaissance basique de la loi musulmane suffit. L'article 66 (2) de la Constitution précise, en effet, que la seule exigence pour devenir Kadhi, outre la profession de l'islam, est de disposer d'« *une telle connaissance du droit musulman applicable à n'importe quelle secte ou sectes de musulmans qui le qualifie, selon l'opinion de la Judicial Service Commission, pour diriger un tribunal de Kadhi* »⁸¹¹. La marge d'appréciation de la *Judicial Service Commission* à ce sujet semble donc assez large, puisqu'aucun critère objectif ne lui permet de considérer que tel ou tel individu connaît suffisamment le droit coranique pour exercer en qualité de Kadhi. Aucune formation spécifique n'étant exigée des juges de droit musulman, ces derniers paraissent plutôt désignés en fonction de leur personnalité, même si la procédure de sélection répond aux mêmes règles que pour les autres magistrats. Comme pour tous les emplois de la fonction d'État, en cas de vacance d'un poste de Kadhi, le Gouvernement publie une annonce et les personnes s'estimant qualifiées peuvent se porter candidates. Elles sont ensuite convoquées pour un entretien et, en cas de succès, la fonction leur est attribuée par la *Judicial Service Commission*. Cette dernière se compose du *Chief Justice*, de l'*Attorney General*, d'un Juge de la Haute Cour, d'un Juge de la Cour d'Appel et du Président de la *Public Service Commission*. Cependant, pour la nomination des Kadhis, et depuis quelques années, le Chief

⁸¹¹ « ...he possesses such knowledge of the Muslim law applicable to any sect or sects of Muslims as qualifies him, in the opinion of the Judicial Service Commission, to hold a Kadhi's court ».

Kadhi est aussi sollicité. Ceci ne figure pas dans la loi de manière explicite, même si le projet de Constitution Bomas prévoyait que le Chief Kadhi soit membre de la commission en question. Il semble toutefois logique que celui-ci soit au moins convié à donner son avis sur le choix des futurs Kadhis, puisqu'il paraît le mieux placé, parmi les membres de la fonction judiciaire, pour évaluer les compétences des postulants dans le domaine du droit coranique. Ce n'est pourtant qu'en 2004, lors de la nomination de magistrats pour les districts de Malindi, Isiolo et Bungoma que, pour la première fois, le Chief Kadhi a été invité à donner son opinion sur les candidats et à siéger au sein du Comité de la *Judicial Service Commission*. Hammad Kassim a déclaré à cette occasion que, les musulmans n'ayant jusqu'alors pas été engagés dans le choix des Kadhis, des problèmes avaient surgi dans certaines localités, la légitimité de ces magistrats se voyant parfois contestée⁸¹². Pourtant, jusque dans les années 1980, la procédure de nomination des juges de droit coranique était plus ou moins sous le contrôle du Chief Kadhi. Sheikh Ali Darani, un magistrat à la retraite, a expliqué avoir été interrogé et recommandé par le Chief Kadhi de l'époque, feu Sheikh Abdallah Saleh al-Farsy, avant sa nomination officielle par la *Judicial Service Commission*⁸¹³. Dans la situation actuelle, pour certains, même si le Chief Kadhi est appelé à donner son avis, à titre consultatif, le fait que les juges de droit coranique soient, en dernier ressort, choisis par une institution séculière, porte atteinte aux principes islamiques. Pourtant, d'après Hammad Kassim, même si d'aucuns ne s'estiment pas satisfaits de la désignation des Kadhis par les autorités étatiques, ceci ne remet en rien en cause la légitimité des juges de droit musulman puisque ce Gouvernement séculier est celui que les citoyens, y compris les fidèles eux-mêmes, ont porté au pouvoir⁸¹⁴.

Malgré tout, les Kadhis demeurent dans une position particulière puisqu'ils représentent les seuls magistrats à ne pas avoir été formés selon la procédure classique. Les candidats à un poste au sein de la magistrature kenyane doivent recevoir une formation en droit à l'université, puis obtenir un diplôme de la *Kenya School of Law*, afin d'être autorisés à pratiquer⁸¹⁵. Or, les Kadhis échappent à cette règle, ce qui interroge leur professionnalisme et les critères selon lesquels ils sont choisis. Plusieurs avocats, dont des musulmans, ont souligné que le manque de qualification des Kadhis représentait le principal problème lié à la fonction, remettant parfois en cause leur habilité à résoudre les affaires selon les règles normalement en

⁸¹² *Friday Bulletin*, 22/10/04, pp. 1-3.

⁸¹³ Entretien réalisé à Mombasa, le 17 janvier 2006.

⁸¹⁴ Entretien réalisé à Mombasa, le 21 octobre 2005.

⁸¹⁵ Entretien avec Nicanory A. Akanga, avocat, Mombasa, le 13 janvier 2006.

vigueur⁸¹⁶. Par exemple, Ahmednassir M. Abdullahi, l'ancien Président de la *Law Society of Kenya*, a expliqué :

« Je pense que les tribunaux de Kadhis ont un problème en ce qu'ils ne sont pas gérés par des juristes. Les Kadhis ne sont pas des avocats, contrairement à ce qui se passe dans tous les autres tribunaux du Kenya. Si vous prenez l'exemple des magistrats, il s'agit d'avocats qui ont décidé de devenir magistrats. Mais les Kadhis ne sont pas des juristes, ils n'ont pas été formés comme juristes. Ils peuvent posséder un diplôme en droit islamique d'une université étrangère, mais ils n'ont pas la formation des avocats pour recueillir des preuves, rédiger des arrêts. Ce qu'ils devraient faire à l'avenir est de nommer des juristes pour devenir Kadhis, afin que leurs tribunaux deviennent comme tous les autres (...) Ils ont besoin d'employer des juristes professionnels. Mais le problème est qu'il n'existe pas suffisamment d'avocats musulmans qui souhaiteraient devenir Kadhi, c'est le plus gros problème. Les tribunaux de Kadhis se situent très bas en termes de salaire, de progression de carrière, c'est pourquoi aucun avocat ne souhaiterait devenir Kadhi »⁸¹⁷

Il est vrai qu'un certain nombre de magistrats musulmans n'ont pas de formation juridique particulière et ceux diplômés en droit islamique ont obtenu leur qualification auprès d'universités de pays arabes ou musulmans, puisqu'aucune université kenyane n'offre de spécialisation dans ce domaine⁸¹⁸. Il est aussi probable que ceux qui possèdent les capacités requises préfèrent d'autres emplois en raison de la faible rémunération des Kadhis, ce qui contribue encore au manque de candidats qualifiés pour exercer ces fonctions⁸¹⁹. Cependant, les choses semblent évoluer et les juges désignés récemment apparaissent de plus en plus diplômés. Sur les dix Kadhis rencontrés et toujours en fonction, six sont diplômés en droit islamique, comme l'indique le tableau précédent. Sukyan Hassan Omar, Kadhi de Malindi et Mshali Hamisi Mshali, Kadhi de Nakuru, ont reçu leur formation au Pakistan ; Rashid Ali Omar, en poste à Kisumu, a étudié à Médine, en Arabie Saoudite, Ahmed Sherif Al-Muhdhar, le Kadhi de Nairobi possède un diplôme de l'Université du Koweït, Abdulhalim Hussein

⁸¹⁶ Le même genre de constat est fait par John R. Bowen au sujet de l'Indonésie, soulignant qu'il est rare pour les juges musulmans de posséder des qualifications académiques en droit. BOWEN, J.R., 2000, *op. cit.*, p. 104.

⁸¹⁷ « *I think the Kadhis' Courts have one problem in the sense that they are not managed by lawyers. The Kadhis are not lawyers, unlike any other court in Kenya. If you look at the magistrates, they are lawyers who have decided to become magistrates. But the Kadhis are not lawyers, they have not been trained as lawyers. They may have a degree in Islamic Sharia from a foreign university, but they do not have that lawyer training on how to take evidence, on how to write rulings. So probably what they have to do in the future is to appoint lawyers to become Kadhis, so that they become like any other court (...) They need to employ professional lawyers. But the problem is that there are not enough Muslim lawyers who want to become Kadhis, that is the biggest problem. The Kadhis' Courts are very low in terms of salary, career progression, so there is no lawyer who wants to become a Kadhi* ». Entretiens réalisés à Nairobi, le 28 octobre 2005 et le 26 juin 2006.

⁸¹⁸ Les études de droit incluent quelques cours relatifs au droit musulman de la famille, puisque ce dernier fait partie intégrante de la législation kenyane. En dehors de cela, il n'existe pas de formation plus poussée en la matière.

⁸¹⁹ Yitzhak Reiter dresse le même constat au sujet des Kadhis dans l'État d'Israël, expliquant que ces postes sont peu attractifs pour les diplômés. REITER, Y., 1997, *op. cit.*, p. 207.

Athman, en fonction à Kwale, a étudié à l'Université d'Al-Azhar, en Égypte et Hammad Kassim, le Chief Kadhi possède un diplôme d'arabe et d'études islamiques de l'Université d'Ibadan, au Nigeria. Les autres ont reçu leur éducation islamique de manière classique, dans des *madrassas* locales, et un certain nombre d'entre eux ont été enseignants avant de rejoindre la fonction judiciaire⁸²⁰. Rares sont, en effet, ceux qui ont intégré les tribunaux directement après la fin de leurs études. L'accès à la fonction de Kadhi représentait plutôt, à l'origine, une promotion, après avoir enseigné les études coraniques. Cependant, de ce point de vue aussi, la situation évolue lentement puisque deux Kadhis désignés récemment, Sheikh Mohammed Sheikh Hassan, en poste à Nyeri, et Sukyan Hassan Omar, de Malindi, ont accédé à ce poste juste après la fin de leurs études, sans avoir jamais exercé d'autre emploi. Toujours est-il que les éventuelles qualifications des Kadhis demeurent limitées au droit coranique, alors que la nécessité de compétences en droit commun a été mise en avant par différents avocats, voire par plusieurs Kadhis⁸²¹. De ce point de vue, une nette coupure semble se dessiner entre les magistrats les plus « jeunes » ou les plus récemment nommés et les « anciens ». Par exemple, d'après Sheikh Ali Darani, un Kadhi désormais à la retraite, les magistrats de droit musulman n'ont nullement besoin d'être diplômés en droit islamique pour exercer correctement leurs fonctions et il a assuré que tous les anciens Kadhis et Chief Kadhis, sans aucune formation particulière, étaient très compétents, peut-être même plus que certains Kadhis titulaires de diplômes d'universités étrangères et actuellement en poste⁸²². Il est vrai que la « qualification » des Kadhis n'est pas forcément liée à leur degré d'éducation, mais dépend aussi de leur statut au sein de la société ou de leur expérience. Par exemple, Sheikh Twalib Bwana, à Mombasa, a semblé beaucoup plus rigoureux que certains autres Kadhis diplômés, alors que lui-même ne possède pas le moindre titre en droit islamique. Malgré tout, plusieurs magistrats nommés depuis peu ont reconnu que, s'ils possédaient des qualifications académiques, leur emploi en serait valorisé.

⁸²⁰ Parmi les treize Kadhis ou anciens Kadhis rencontrés, sept ont été enseignant avant de rejoindre la fonction judiciaire, la plupart en arabe ou en éducation religieuse islamique, soit dans des *madrassa*, soit dans des écoles publiques.

⁸²¹ Sukyan Hassan Omar, en poste à Malindi, possède cependant un diplôme en droit comparé de l'Université de Karachi, au Pakistan. Entretien réalisé à Malindi, le 30 octobre 2006.

⁸²² Entretien réalisé à Mombasa, le 17 janvier 2006.

Tableau 1. Les différents Kadhis en poste en 2007

Nom du magistrat	Poste (depuis)	Origine géographique	Date de prise du premier poste	Possède une formation en droit
Hammad M. Kassim (Chief Kadhi)	Mombasa (2002)	Lamu, Arabe	1992	Oui Université d'Ibadan, Nigeria
Ahmed Sherif Al Muhdhar	Nairobi (2002)	Malindi, Swahili	1997	Oui Université du Koweït
Sheikh Twalib Bwana Mohammed	Mombasa (2004)	Mombasa, Bajuni	1995	Non
Sukyan Hassan Omar	Malindi (2005)	Wajir, Somali	2005	Oui Université au Pakistan
Ismail A. Abdallah	Lamu (2005)	Ouest du Kenya, Luhya	1988	Non
Abdulhalim Hussein Athman	Kwale (2004)	Malindi, Bajuni et Digo- Shirazi	2004	Oui Université Al-Azhar, Égypte
Rashid Ali Omar	Kisumu (2005)	Wajir, Somali	1995	Oui Université de Médine, Arabie Saoudite
Mshali Hamisi Mshali	Nakuru (2005)	Wasini Island, Shirazi	1996	Oui Université de Karachi, Pakistan
Sheikh Mohamed Sheikh Hassan	Nyeri (2005)	Garissa, Somali	2005	Non
Osman Shurie	Garissa (2005)	Garissa, Somali	1984	Non

Le fond du problème tient d'ailleurs aux revendications des Kadhis à être considérés à égalité avec les autres magistrats. Or, il ne paraît pas choquant que ces derniers soient mieux rémunérés ou jouissent d'un statut mieux respecté, à partir du moment où ils ont poursuivi des études longues et où ils sont hautement qualifiés. L'avocate musulmane Yasmina Ali a d'ailleurs affirmé que si le Chief Kadhi ne possède pas de diplôme en droit islamique ou en droit général, il est compréhensible qu'il ne puisse pas siéger à la Haute Cour, car il ne détient pas le savoir nécessaire⁸²³. L.K. Kimaru, juge de la Haute Cour de Nakuru, a expliqué que pour accéder à cette position, un individu doit être diplômé en droit auprès de n'importe quelle université du Commonwealth, puis étudier à la *Kenya School of Law* et enfin exercer pendant au moins sept ans en qualité d'avocat de la Haute Cour du Kenya⁸²⁴. Il serait donc contestable que le Chief Kadhi siège auprès de cette institution, alors qu'il n'a pas forcément étudié à l'université. D'ailleurs, la plupart des Kadhis ne seraient pas opposés à ce que des critères plus stricts soient fixés pour accéder au poste de juge de droit islamique, afin que cette fonction soit mieux considérée au sein du système judiciaire. L'un des aspects qui semble le plus tenir au cœur des juges musulmans eux-même concerne, en effet, leur faible prestige au sein de l'administration et l'absence de progression dans leur carrière. À ce sujet, le Kadhi de Lamu, s'est par exemple plaint que :

« Nous n'avons pas de schéma de carrière. Tout au long de ma carrière, j'ai été Kadhi II et je vais partir à la retraite ou bien mourir en tant que Kadhi II, il n'y a aucune promotion »⁸²⁵

De ce point de vue encore, les Kadhis occupent donc une position à part. Pour les magistrats de droit commun, il existe toute une hiérarchie, dans laquelle ils progressent au cours de leur carrière. Après avoir commencé à travailler en qualité de *Magistrate 1*, ils poursuivent comme *Magistrate 2*, avant de pouvoir devenir *District Magistrate*, puis *Resident Magistrate*, *Senior Resident Magistrate*, *Principal Magistrate*, *Senior Principal Magistrate* et enfin, tout au sommet de la hiérarchie, *Chief Magistrate*. Dans le cas des Kadhis, comme l'a exposé Hammad Kassim, il n'existe que trois catégories de postes : Kadhi II, Kadhi I et Chief Kadhi⁸²⁶. Toutefois, la différence entre les Kadhis I et les Kadhis II n'équivaut pas à une véritable promotion, dans la mesure où un individu peut être Kadhi I tout en étant moins qualifié qu'un Kadhi II ou bien, à l'image d'Ismail Abdallah cité précédemment, un magistrat

⁸²³ Entretien réalisé à Mombasa, le 13 janvier 2006.

⁸²⁴ Entretien réalisé à Nakuru, le 20 février 2006.

⁸²⁵ Entretien réalisé à Lamu, le 5 mars 2007.

⁸²⁶ Entretien réalisé à Mombasa, le 21 octobre 2005.

peut rester Kadhi II tout au long de sa carrière. En 2007, il n'existait d'ailleurs qu'un seul Kadhi I, Ahmed Sherif Al Muhdhar, en poste à Nairobi, alors que tous les autres, qui ont pourtant des parcours éducatifs divers, jouissent tous du même statut. Le Kadhi de Malindi a longuement regretté cette situation, affirmant :

« Malheureusement, alors que la fonction judiciaire a évolué avec le temps, les tribunaux de Kadhis sont demeurés statiques. Je ne sais pas si l'idée que ces juridictions ne devraient pas évoluer faisait partie de la politique du Gouvernement, mais nous avons réalisé que les tribunaux de Kadhis n'ont pas le même statut que les autres. (...) Alors que tous les fonctionnaires du judiciaire possèdent un système bien défini à travers lequel leur carrière progresse, les Kadhis n'en ont pas (...). Il n'y a pas de progression dans le travail des Kadhis. Nous restons au même niveau, quel que soit notre diplôme (...). Il est donc très difficile pour des personnes qui sont capables d'administrer ce tribunal d'accepter de travailler comme Kadhi. Moi-même, je n'étais pas au courant, mais si je l'avais su, je n'aurais pas accepté, parce que ce que nous faisons n'est qu'un sacrifice »⁸²⁷

En 1992, l'*Attorney General* Amos Wako avait pourtant annoncé qu'un projet de plan de carrière avait été transmis au comité en charge de la question au sein de l'administration judiciaire⁸²⁸. Toutefois, la situation n'a pas évolué, peut-être parce que, comme l'a suggéré l'avocat Ahmed Adan, si les tribunaux de Kadhis n'ont jamais été modernisés et si le Gouvernement ne semble pas se préoccuper de leur sort, cela tient au fait que ce dernier ne considère pas la question comme un problème d'intérêt national, mais comme un thème islamique, ne concernant que les musulmans⁸²⁹. Pourtant, à la suite des débats constitutionnels, certains ont cherché à attirer l'attention des autorités sur la nécessité d'améliorer le statut des juges de droit coranique. Le député musulman Najib Balala a, par exemple, demandé au Gouvernement d'expliquer pourquoi le Chief Kadhi n'avait pas de garde du corps ou de véhicule officiel et pourquoi il devait utiliser sa voiture personnelle lorsqu'il se rend à des cérémonies publiques⁸³⁰. De même, du point de vue de la rémunération, les Kadhis se situent au plus bas de la hiérarchie du système judiciaire. La rétribution d'un Kadhi II s'élevait officiellement à 29,804 Shillings par mois, soit un peu moins de 325 euros

⁸²⁷ « Unfortunately, while the judiciary has with time evolved, the Kadhis' Courts remained static. I am not certain whether it was part of the Government policy that the courts should not develop further, but we came to discover that the Kadhis' Courts do not have a status like the other courts. (...) So, while all the workers of the judiciary have got a very well defined system through which they enhance their carrier, the Kadhis do not have (...). There is no progression of the job of the Kadhis. We stay at the same level, whatever diploma we have (...). You find it difficult for people who are capable to administer the court to accept the offer to work as a Kadhi. Myself, I was not aware, but if I knew I would not have accepted, because what we are doing is just a sacrifice ». Entretien réalisé à Malindi, le 11 décembre 2006.

⁸²⁸ *Daily Nation*, 17/07/92, p. 5 : « Kadhis' scheme of service proposed ».

⁸²⁹ Entretien réalisé à Nairobi, le 26 mai 2006.

⁸³⁰ *The Standard*, 22/10/05, p. 17 : « Balala: Government is not respecting Muslims ».

mensuel en 2007⁸³¹. Ces chiffres correspondent en réalité au salaire brut et Ahmed Sherif Al Muhdhar, avec un salaire légèrement plus élevé puisque Kadhi I, a confié avoir perçu 25,744 Shillings de salaire net en septembre 2005⁸³².

Le statut des Kadhis est encore particulier puisqu'en plus de leurs attributions judiciaires, ils agissent comme officiers de l'état civil, en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans. Dans la plupart des États où existent des Kadhis, ces derniers ne se limitent pas à des fonctions judiciaires, mais agissent également pour ce type de tâches administratives⁸³³. D'ailleurs, ayant le statut de « cheikhs », les Kadhis conduisent souvent les mariages, même si certains d'entre eux, comme Rashid Omar, en poste à Kisumu, préfèrent que cette mission soit confiée aux Imams et que leur travail se limite à la délivrance du certificat officiel⁸³⁴. Pourtant, dans certaines situations, le rôle des Kadhis est important : lorsqu'une femme souhaite se marier, mais qu'elle n'a pas de père ou de frère, ou de responsable légal, celui-ci peut agir comme tuteur (*Wali*). Les femmes sont en effet le plus souvent accompagnées de leur père, plus rarement d'un frère ou d'un cousin, à moins que le mariage ne soit pas accepté par la famille. Ceci demeure assez rare mais, le 9 novembre 2006, dans le cabinet du Kadhi de Malindi, une femme s'est présentée avec un homme qu'elle a introduit comme son compagnon, converti depuis environ un an, avec lequel elle vivait depuis près d'un mois et qu'elle souhaitait épouser. Elle a confié venir seule car son père refusait de lui donner son accord. Le Kadhi lui a alors conseillé d'écrire à son père pour lui demander la raison de son refus et lui a promis que s'il ne répondait pas, il officierait lui-même comme tuteur, conduirait le mariage et leur remettrait le certificat⁸³⁵. Les Kadhis ne sont pas les seuls à remettre les attestations matrimoniales, puisque divers officiers (*Assistant Registrars*) peuvent être désignés pour les aider dans cette tâche. Dans la région de Nairobi, les officiers chargés de délivrer ce genre de documents sont par exemple au nombre de quatre : le Kadhi, Sheikh Mohammed Swalihu, également Imam de la mosquée Jamia, Abdulhalim Ali Omar, officiant dans la région Athi River et Mohammed Suleiman Munyu, résidant dans le quartier de Pumwani, où vit une importante population musulmane. Pour la majorité des Kadhis, le fait de combiner les deux fonctions ne pose pas de problème majeur, cependant, Abubakar

⁸³¹ *Daily Nation*, 03/05/07, pp. 1-5 : « 300 pc pay increase proposal for judges ». La même année, il a cependant été proposé d'augmenter le salaire des Kadhis II à 178,000 Shillings, environ 1935 euros.

⁸³² Entretien réalisé à Nairobi, le 26 octobre 2005.

⁸³³ C'est, par exemple, le cas dans plusieurs pays d'Asie, comme à Singapour et au Sri Lanka. MASTURA, M.O., 1985, *op. cit.*, pp. 114-126.

⁸³⁴ Propos recueillis hors entretien, Kisumu, le 13 février 2007.

⁸³⁵ Observations faites le 9 novembre 2006, Malindi.

Bwanakai Abdallah, un ancien Kadhi, a expliqué que, d'après lui, un tribunal ne peut pas à la fois juger des litiges de statut personnel et agir comme un simple bureau où les individus viennent chercher leurs certificats de mariage ou de divorce, déclarant :

« Ce qui se passe, c'est que les tribunaux de Kadhis manquent de direction, de définition, parce qu'une cour de justice ne peut jamais servir de lieu pour l'enregistrement des mariages et des divorces. (...) Un tribunal est un lieu établi pour trancher des différends, mais ici, le mariage n'est pas un différend. Si les individus viennent pour obtenir un certificat de mariage, alors ce n'est pas une cour de justice. C'est un bureau. (...) Si cela doit être un tribunal, il devrait se limiter à l'arbitrage, (...), il ne devrait pas enregistrer les mariages et les divorces »⁸³⁶

D'ailleurs, la procédure de nomination des *Assistant Registrar* n'est pas la même que pour les Kadhis : alors que ces derniers sont désignés par le *Chief Justice*, les *Assistant Registrars* sont nommés par l'*Attorney General*. Ils ne sont donc pas des officiers du judiciaire, à la différence des Kadhis et leur fonction première est de marier les musulmans et de délivrer les certificats de mariage et de divorce⁸³⁷. En plus de ces certificats, les Kadhis peuvent aussi authentifier les conversions à l'islam. Historiquement, d'ailleurs, les adhésions officielles des non musulmans à l'islam se faisaient auprès du Kadhi⁸³⁸, même si aujourd'hui elles ont le plus souvent lieu auprès d'un Imam, à la mosquée. En réalité, cette pluralité de fonctions non juridiques s'explique en grande partie par le fait que si les Kadhis, tels que reconnus par la loi au Kenya, sont exclusivement des magistrats, dans les faits, leur fonction demeure à mi-chemin entre celle de juge, de leader communautaire et de responsable religieux.

b. Juge, leader communautaire ou responsable religieux ?

La position des juges musulmans est originale parce que leur statut légal diffère de l'image que s'en font les fidèles. La situation est surtout évidente en ce qui concerne le poste du Chief Kadhi.

⁸³⁶ « What happens is that the Kadhis' Courts lack direction, definition, because a court can never be a registrar of marriages and divorces (...). A court is an office set to arbitrate, but here marriage is not a dispute. So, if people come to a court to look for a marriage certificate, that cannot be a court. That is an office. (...) If it has to be a court, it should relate to arbitration (...), it should not register marriages and divorces ». Entretien réalisé à Kisumu, le 20 mars 2006.

⁸³⁷ Entretien avec Sheikh Mohamed Swalihu, Imam de la mosquée Jamia de Nairobi. Nairobi, le 11 septembre 2006.

⁸³⁸ TYAN, É., 1960, *op. cit.*, p. 115.

- Un statut différent au regard de la loi et aux yeux des fidèles.

En théorie, les juges musulmans, tout comme l'ensemble des magistrats, sont de simples fonctionnaires, travaillant pour le Ministère de la Justice et rémunérés par ce dernier. Mais en raison du droit qu'ils appliquent et du symbolisme religieux associé à leur fonction, leur situation apparaît plus complexe. Historiquement et sociologiquement, le Kadhi a toujours fait figure de responsable religieux ou, du moins, de conseiller. Les justiciables eux-mêmes ne considèrent d'ailleurs pas toujours le juge musulman comme un officier gouvernemental, ayant pour seule charge d'appliquer la loi islamique. Au contraire, certains d'entre eux souhaitent parfois le rencontrer pour des questions échappant au domaine matrimonial ou successoral, leur champ de compétence officiel. Ainsi, certains magistrats reçoivent régulièrement des justiciables pour des raisons personnelles ou pour des problèmes concernant la population musulmane de leur localité. Ceci a été observé plusieurs fois à Kisumu, où le Kadhi semble très engagé dans les affaires de la population musulmane de la ville en général, et de sa composante somalie en particulier. Le magistrat consacre même plus de temps à cet aspect qu'à son travail purement juridique. Lors du premier séjour effectué dans cette ville, chaque jour, des personnes venaient au tribunal pour des problèmes personnels ou communautaires. Une majorité d'entre elles étaient somaliennes et, le Kadhi l'étant lui-même, elles soulevaient le plus souvent des questions relatives à leur communauté. Ainsi, le 12 février 2007, un homme a sollicité ses conseils à propos de la mise en place d'un groupe d'assistance sociale destiné à cette population. À la suite de cette visite, le Kadhi a expliqué que de nombreux fidèles le considéraient aussi, et avant tout, comme un ancien de la communauté somalie, ce pourquoi ils lui rendent assez souvent visite pour des affaires propres à ce groupe⁸³⁹. Si la situation du Kadhi de Kisumu paraît assez particulière, elle ne constitue cependant pas une exception. D'après Mohammed Kullow, s'exprimant au sujet du magistrat de Garissa, pour les Somalis, le Kadhi ne représente pas un juge au sens de fonctionnaire gouvernemental, mais il fait plutôt figure d'ancien de la communauté⁸⁴⁰. Dans les autres villes aussi, le Kadhi peut être rencontré pour des soucis d'ordre religieux plus que juridique. Cependant, les magistrats réagissent de façon variable à ces requêtes, selon la représentation qu'ils se font d'eux-mêmes et de leur fonction. Certains, à l'exemple de Mshali Hamisi Mshali, en poste à Nakuru, ou d'Ismail A. Abdallah, à Lamu, refusent tout simplement de recevoir les personnes qui n'ont pas de problèmes légaux. Toutefois, ceci ne

⁸³⁹ Propos recueillis hors entretien, Kisumu, le 12 février 2007.

⁸⁴⁰ Entretien réalisé à Garissa, le 21 mars 2007.

les empêche pas, en dehors de leurs horaires de travail, de participer à la vie de la population musulmane locale. C'est de ce point de vue que le statut des Kadhis paraît le plus difficile à définir. Sheikh Twalib Bwana Mohammed, en poste à Mombasa, a d'ailleurs bien illustré cette situation particulière, déclarant :

« Un Kadhi est très différent des autres magistrats. Par exemple, notre travail ne s'arrête pas le vendredi, après la fermeture du tribunal. Même le week-end, je peux être appelé pour conduire un mariage, après le travail, je peux être appelé pour conduire un mariage. Vous pouvez donc constater que nous faisons du travail en plus. Parfois, aussi, les individus ne viennent que pour des conseils juridiques »⁸⁴¹

Sukyan Hassan Omar, en poste à Malindi, a lui aussi expliqué que « *le mot Kadhi paraît très important, même si en réalité sa signification est très petite* », ce pourquoi, d'après lui, ces magistrats doivent faire très attention à la manière dont ils se comportent, en raison de la pluralité de sens qui entoure leur fonction⁸⁴². Il a encore confié que son tribunal ne représente pas une institution juridique au sens strict du terme, dans la mesure où les Kadhis remplissent de nombreuses autres tâches, relevant plus du domaine social. La plupart des magistrats rencontrés ont reconnu qu'ils dirigent parfois, à titre privé, des prières, en particulier lors d'événements importants de la vie sociale, comme les mariages et les funérailles, ou au moment du Ramadan.

Le problème consiste donc à déterminer comment les juges de droit musulman peuvent, sans remettre en question leur indépendance, occuper d'autres fonctions extra judiciaires. Dans son mémoire consacré à l'institution kadhiale au Kenya, Amina Bashir écrit ainsi que :

« Dans de très nombreuses circonstances, le Kadhi est moins amené à jouer le rôle d'un juge que celui d'un conseiller. Le fait que le droit appliqué est un droit divin renforce cette impression ; et les Kadhis se sentent toujours obligés de conseiller les parties en litige, de leur citer leurs responsabilités religieuses et ensuite de résoudre les questions en cause »⁸⁴³

⁸⁴¹ « A Kadhi is very different from the other judicial officers. For example, our work does not end on Friday, when the offices are closed. Even over the week-end, I could be called to go and conduct a marriage, after work I could be called to conduct a marriage. So you can see that we are doing extra work. And at times, people will come only for legal advice ». Entretien réalisé à Mombasa, le 11 janvier 2006.

⁸⁴² « The word Kadhi sounds very big, even if it is very small. So we should be careful in the way we behave ». Propos tenus hors entretien, Malindi, le 2 novembre 2006.

⁸⁴³ « In very many instances, the Kadhi is called upon to be less of a judge and more of a counsellor. The fact that the law being applied is divine law reinforces this ; and the Kadhis always feel obliged to counsel litigants, cite them their legal religious responsibilities and then resolve the issues at hand ». BASHIR, A.A., *The Kadhis'*

Souvent, en effet, le Kadhi se pose plus en arbitre qu'en véritable juge, essayant avant tout de réconcilier les parties en présence en leur expliquant leurs droits et leurs devoirs au regard de la loi islamique. Hidaya, clerc auprès du Kadhi de Kisumu, a par exemple confié que la plupart des personnes qui viennent voir le magistrat musulman se déplacent pour des demandes d'arbitrage, pour des documents ou bien des conseils, plus que pour déposer une plainte, ce qu'elle explique par le fait que la plupart des individus ne comprennent pas ce en quoi consiste la fonction du Kadhi⁸⁴⁴. Abdulhalim Hussein Athman, le Kadhi de Kwale, a aussi avoué conseiller des personnes sur la procédure de dépôt de la plainte, sur le coût d'une affaire ou sur la durée que peut prendre la résolution d'un litige. Reconnaisant que, en théorie, il ne devrait pas renseigner les justiciables de cette manière, il ne s'estime cependant pas fautif, tant qu'il n'existe pas de requête officielle. De plus, il s'est justifié en invoquant la pauvreté de la plupart des plaideurs venant auprès de son tribunal, ce pourquoi il lui semblait toujours difficile de refuser de les assister⁸⁴⁵. Pourtant, l'attitude en la matière varie selon les magistrats. Par exemple, Mshali Hamisi Mshali, de Nakuru, a expliqué que le Kadhi demeure un juge et qu'il ne peut pas à la fois assister les parties et juger leurs différends. Il se refuse donc à agir en tant que conseiller et évite autant que possible de recevoir des individus lorsqu'ils n'ont pas déposé une plainte en bonne et due forme⁸⁴⁶. Ismail A. Abdallah, à Lamu, a également insisté sur ce point même si, pour la plupart des Kadhis, renseigner les justiciables ne pose pas de problème.

D'un point de vue strictement légal, le fait que certains Kadhis outrepassent leurs fonctions de juges paraît critiquable, dans la mesure où, en assistant les musulmans par de simples avis, ils vont au-delà de leurs attributions définies par la loi. Cependant, ceci résulte de la position particulière du magistrat musulman et, d'un point de vue plus éthique, la pratique ne peut pas être totalement condamnée, lorsqu'elle a pour but de trouver une solution pacifique et consensuelle à un problème. Néanmoins, lorsque les Kadhis s'engagent de manière trop ouverte ou partisane dans certaines polémiques concernant la population musulmane de leur localité, leur indépendance et la manière dont ils respectent le devoir de réserve imposé aux fonctionnaires deviennent un problème.

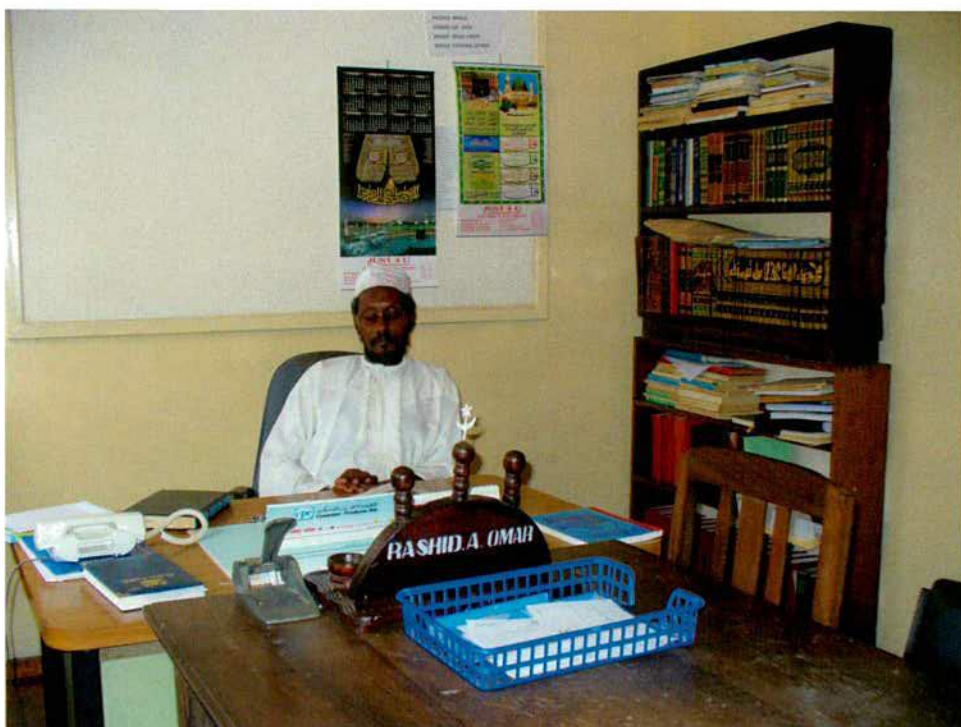
court system in Kenya: A Forgotten Arm of the Judiciary?, A dissertation submitted in part fulfilment of the degree of bachelor of laws, University of Nairobi, 1996, pp. 55-56.

⁸⁴⁴ Entretien réalisé à Kisumu, le 23 mars 2006.

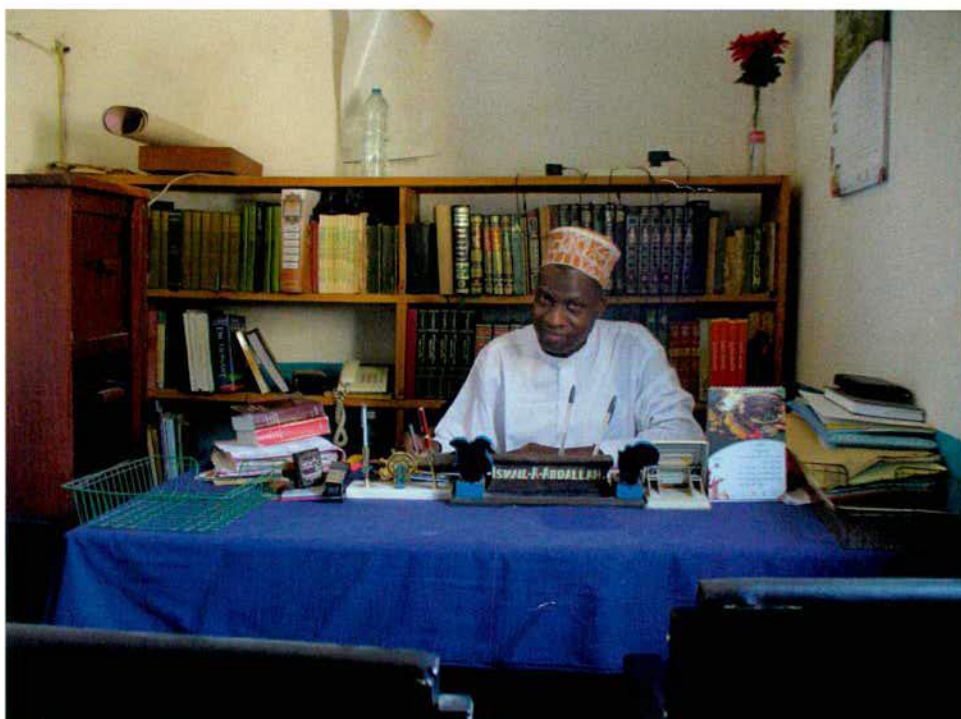
⁸⁴⁵ Entretien réalisé à Kwale, le 21 mai 2007.

⁸⁴⁶ Entretien réalisé à Nakuru, le 20 février 2006.

Sheikh Rashid A. Omar, Kadhi de Kisumu



Ismail A. Abdallah, Kadhi de Lamu



Concrètement, la majorité des Kadhis essaye de se tenir à l'écart des questions contentieuses affectant la population musulmane de leur ville, mais à Kisumu, des querelles engageant les fidèles ont coûté leur poste à deux Kadhis successifs, après que ceux-ci se soient impliqués de façon trop évidente. Les véritables motifs du renvoi de ces deux magistrats ne sont pas très clairs, la plupart des personnes interrogées sur la question étant restées assez évasives. Hidaya, la clerc du Kadhi de Kisumu, a par exemple affirmé ne pas connaître les raisons du licenciement des deux hommes, alors même qu'elle travaillait avec eux⁸⁴⁷. Salim Surur Salim, un « ancien », a expliqué que les deux magistrats ont été démis de leurs fonctions en raison d'accusations de corruption et parce qu'ils étaient trop jeunes pour occuper un tel poste, qui nécessite au contraire une grande maturité. D'après lui, le problème aurait pu être évité si les Kadhis avaient été choisis par les fidèles eux-mêmes et il a rapporté que, avant le renvoi du second d'entre eux, « *les musulmans sont descendus dans les rues, disant au Gouvernement que nous ne le voulons pas (...), nous ne l'avons pas élu, alors renvoyez-le* »⁸⁴⁸. Curieusement, c'est Abubakar Bwanakai Abdallah, le second Kadhi congédié, qui s'est montré le plus bavard au sujet de la polémique. D'après lui, la controverse autour de son prédécesseur, Mohammed Shariff, portait sur des luttes de leadership au sein de la *Kisumu Muslim Association*, une organisation agissant pour le bien-être des musulmans de Kisumu. L'opposition concernait deux factions, l'une dirigée par des Somalis, l'autre par des Luos, qui se disputaient le contrôle de l'association. Le Kadhi ayant pris position en faveur du groupe des Luos, les Somalis ont fait tout leur possible pour qu'il soit renvoyé de l'administration judiciaire. Cette explication a été confirmée par Hassan Mweshee, un autre « ancien », par ailleurs membre de la *Kisumu Muslim Association*. Il a expliqué que Mohammed Shariff s'était impliqué au sein du groupe, en devenant même un membre officiel, puis soutenant l'une des deux factions en lutte pour son leadership. Il a encore affirmé que le Kadhi ne faisait pas son travail correctement, réglant parfois les affaires de manière douteuse⁸⁴⁹. Abubakar Bwanakai a précisé que, lorsqu'il a remplacé son prédécesseur, il a décidé de se tenir en retrait des affaires de la *Kisumu Muslim Association*. Cependant, peu de temps après sa prise de fonction, un troisième groupe a émergé au sein de l'organisation, se posant comme réconciliateur et auquel il a accepté de participer, sans pour autant se montrer partisan dans les querelles internes à l'association. D'après lui, c'est à ce moment-là que certains musulmans ont commencé à faire pression pour sa révocation car,

⁸⁴⁷ Entretien réalisé à Kisumu, le 23 mars 2006.

⁸⁴⁸ « *Muslims went on the streets telling the Government that we do not want him (...), we did not elect him, so take him away* ». Entretien réalisé à Kisumu, le 28 mars 2006.

⁸⁴⁹ Entretien réalisé à Kisumu, le 23 mars 2006.

étant musulman et, à fortiori le Kadhi, s'il refusait de traiter de ce genre de problèmes, il n'avait rien à faire à ce poste⁸⁵⁰. Mais d'après le nouveau Kadhi de Kisumu, Rashid Ali Omar, la raison du renvoi de Bwanakai tenait plutôt à son comportement, parce qu'il avait des relations douteuses avec des femmes⁸⁵¹ et parce qu'il avait eu un différend avec le Chief Kadhi, Hammad Kassim, au sujet d'une affaire présentée à Kisumu.

En 2004, le Chief Kadhi avait demandé à Bwanakai de lui transmettre une plainte dont le magistrat de Kisumu était en charge et dans laquelle une femme du nom de Warda Mohammed avait porté plainte contre son époux, Twaha Omar. Alors que son mari vivait à Mombasa, Warda Mohammed souhaitait que le litige soit jugé à Kisumu, parce qu'elle y habitait et n'était pas en mesure de se déplacer dans la région côtière. Mais la Haute Cour de Kisumu avait demandé à Hammad Kassim de ne pas interférer dans l'affaire, qui relevait bien de la juridiction du Kadhi de cette ville⁸⁵². Abubakar Bwanakai Abdallah a confirmé ce différend avec le Chief Kadhi, expliquant que ce dernier avait probablement été offensé par la décision de la Haute Cour et qu'il avait influencé certains musulmans pour organiser une grande manifestation contre lui, le 2 août 2004. Quelques mois plus tard, en septembre, alors qu'il était en vacances, Abubakar Bwanakai avait reçu un appel du Chief Magistrate, lui annonçant son renvoi de la fonction judiciaire, à la suite de cette manifestation. La révocation officielle lui est parvenue en avril 2005, mais il semble que la procédure normale de licenciement n'a pas été suivie car le magistrat a assuré ne jamais avoir été convoqué pour présenter sa version des faits et se défendre⁸⁵³. D'après l'article 69 de la Constitution, le pouvoir d'exercer un contrôle disciplinaire sur les fonctionnaires du judiciaire ou de les renvoyer appartient à la Judicial Service Commission et, dans ce cas précis, cette dernière n'aurait pas été sollicitée. Si le Kadhi a probablement eu un comportement parfois douteux envers les justiciables, il est vrai que l'influence de musulmans haut placés, au premier rang desquels le Chief Kadhi, a semblé jouer un rôle fondamental lors de sa révocation. C'est donc bien en raison de sa position de responsable officiel de l'ensemble des autres Kadhis qu'Hammad Kassim a contribué à la destitution du magistrat, même si ses attributions de Chief Kadhi paraissent également plus ou moins bien définies.

⁸⁵⁰ Entretien avec Abubakar Bwanakai Abdallah, Kisumu, le 20 mars 2006.

⁸⁵¹ Nayla, une jeune femme rencontrée au tribunal de Kadhi de Kisumu, a confié que l'ancien magistrat, Bwanakai, avait un comportement particulièrement ambiguë envers les femmes et qu'il lui aurait demandé de payer cinq-mille Shillings pour l'aider à obtenir le divorce. Entretien informel, réalisé à Kisumu, le 23 mars 2006.

⁸⁵² *East African Standard*, 10/05/04, p. 9 : « *High Court overrules Chief Kadhi* ».

⁸⁵³ Entretien réalisé à Kisumu, le 20 mars 2006.

- Le Chief Kadhi : « chef » des Kadhis ou leader des fidèles ?

Dans un système islamique classique, le poste du Chief Kadhi revêt une très grande importance, mais au Kenya, en dehors de ses attributions judiciaires, il exerce plus un rôle cérémoniel, dirigeant par exemple la prière publique les jours fériés ou représentant parfois les fidèles lors de certaines cérémonies officielles. Dans l'idéal, il est chargé de superviser les autres juges musulmans et responsable de la coordination et du contrôle de leur travail, ainsi que du recueil des statistiques mensuelles sur le nombre de nouveaux cas et d'affaires jugées. Pourtant, en pratique, le Chief Kadhi agit également en qualité de magistrat, jugeant un certain nombre de litiges, afin de soulager le Kadhi de Mombasa qui ne pourrait traiter seul tous les dossiers. Selon le Chief Kadhi lui-même, cette situation pose problème car ce surcroît de travail ne lui laisse pas suffisamment de temps pour accomplir les autres tâches qui devraient être les siennes⁸⁵⁴. Cependant, la principale difficulté ayant trait à la fonction concerne la perception fréquente du Chief Kadhi comme un leader religieux, dans le sens où il possède un certain nombre d'attributions, qui ne sont pas officielles, mais qu'il exerce pour le compte de la « communauté » musulmane. Dans un article publié dans le quotidien national *The Standard*, le Chief Kadhi a d'ailleurs été mentionné comme l'une des cent personnalités les plus influentes du Kenya, étant décrit comme « *la figure la plus proéminente de la foi islamique dans le pays, étant également à la tête des tribunaux islamiques* »⁸⁵⁵. Cependant, la fonction fait l'objet de critiques, d'aucuns considérant qu'elle ne correspond pas à ce qu'elle devrait être, en particulier parce que le Chief Kadhi est nommé par le gouvernement et non par ses pairs, selon des critères juridiques et non en fonction de ses connaissances théologiques, ce qui le priverait d'une partie de sa légitimité. Interrogé sur sa perception du Chief Kadhi comme magistrat ou comme leader religieux, Sheikh Ahmed Mohammed Msallam, un Imam de Nairobi, a donné une explication assez pertinente :

« Si le Chief Kadhi est dans la Constitution du Kenya, alors il est un officier judiciaire. S'il est connu par les musulmans, alors il est un leader religieux (...). Pour tracer cette ligne entre judiciaire et religieux, il s'agit de comprendre d'où est-ce que le Chief Kadhi provient. Il est désigné par le Gouvernement, mais cet office du Chief Kadhi est souhaité par l'*Umma* musulmane, alors il est également un leader religieux »⁸⁵⁶

⁸⁵⁴ Entretien réalisé à Mombasa, le 21 octobre 2005.

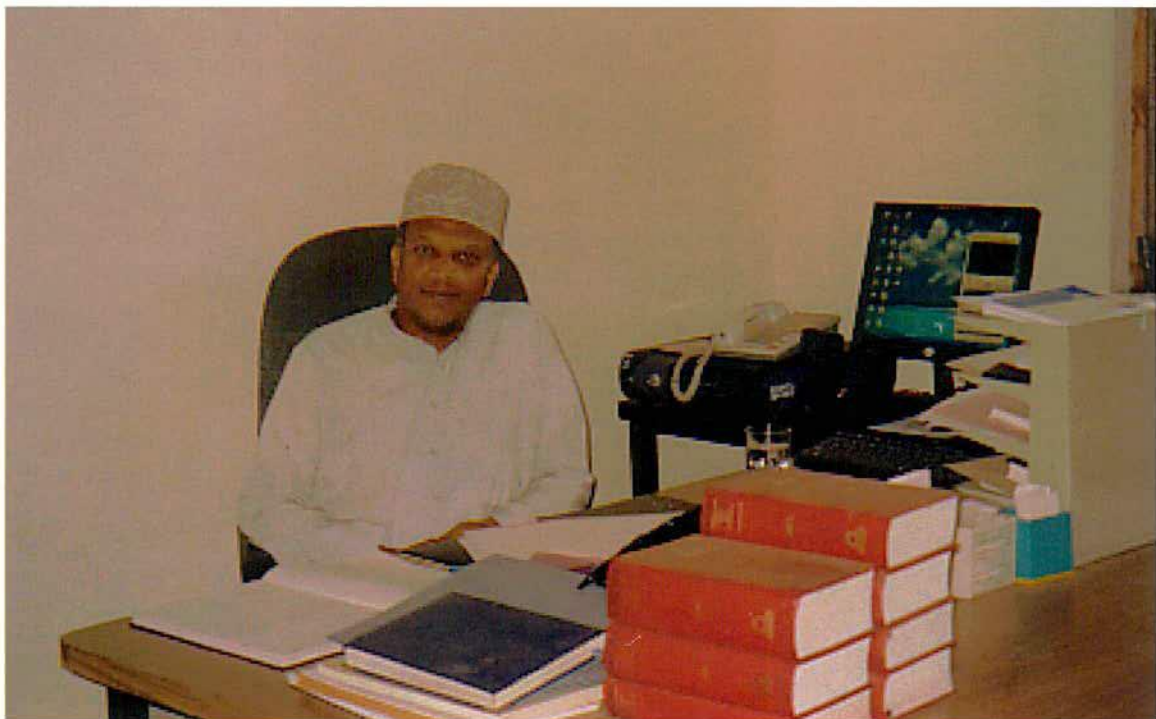
⁸⁵⁵ « ...he is the most prominent figure in the Islamic faith in the country, also heading the Islamic courts », *The Standard*, 05/07/07, pp. 1-2 : « 100 most influential Kenyans ».

⁸⁵⁶ « If the Chief Kadhi is in the Constitution of Kenya, he is a judicial officer. If he is known by the Muslims, then he is a religious leader (...). To draw that line between judicial and religious is to understand where the

Hammad M. Kassim, le Chief Kadhi, à Mombasa



Ahmed Sherif Al Muhdhar, Kadhi de Nairobi



Chief Kadhi comes from. He is appointed by the Government, but this Chief Kadhi's office is demanded by the Muslim Umma, then he is also a religious leader ». Entretien réalisé à Nairobi, le 17 mai 2007.

D'ailleurs, les fidèles, qui ignorent parfois que le Chief Kadhi est en réalité un fonctionnaire, le perçoivent souvent comme un responsable religieux. Un certain nombre d'interlocuteurs ont avoué ne pas très bien comprendre ce qu'est la fonction du Chief Kadhi ou même ne pas savoir expliquer ce qu'il représente à leurs yeux. Cependant, plusieurs personnes à l'image de Jawahir Abdillahi Hassan, rencontré à Nairobi, ont confié voir en lui un responsable communautaire :

« Le Chief Kadhi... Oui, il est un leader islamique. La plupart du temps, même lorsque nous jeûnons, il décide les dates. Lorsqu'il dit 'vous jeûnerez demain', nous commençons le jeûne et lorsqu'il dit 'vous rompez le jeûne demain', nous le suivons, parce qu'il est un leader musulman »⁸⁵⁷

Bien que ce rôle lui soit parfois contesté, le Chief Kadhi annonce, en effet, traditionnellement les dates d'apparition de la lune pour le début et la fin du Ramadan. Dans la région côtière, ce mois correspond plus ou moins à une période de vacances : de nombreux employés préfèrent prendre leurs congés à ce moment-là, les commerces tenus par des musulmans sont fermés et les Swahilis vivant dans les terres intérieures reviennent souvent sur la Côte⁸⁵⁸. Aussi, l'annonce des dates du jeûne revêt une importance non négligeable d'un point de vue social et culturel. Mais la fonction du Chief Kadhi en la matière fait l'objet de contestations de la part de certains fidèles ou d'autres leaders, qui estiment que le *Majlis-ul-Ulama*, le conseil des lettrés musulmans, serait le plus apte à notifier les dates du mois sacré, dans la mesure où ses membres seraient plus indépendants du pouvoir. Par exemple, l'ancien Kadhi de Kisumu, Bwanakai, interrogé au sujet du rôle éventuel du Chief Kadhi dans l'annonce de l'apparition de la lune attaqua même Hammad Kassim, en des propos pour le moins acerbes :

« Le Chief Kadhi n'a pas de juridiction pour annoncer l'apparition de la lune parce que, après tout, le Chief Kadhi est un officier judiciaire, il n'est pas un leader communautaire. (...) Le *Majlis ul-Ulama*, les lettrés, voici les leaders communautaires, ils sont les personnes qui devraient annoncer l'apparition de la lune et donner direction aux musulmans. (...) Les précédents Chief Kadhis ont rempli ce rôle parce qu'ils étaient des lettrés, des lettrés reconnus, mais l'actuel Chief Kadhi est une honte pour le Kenya. En réalité, pour la toute première fois, c'est un mauvais Chief Kadhi qui a été choisi »⁸⁵⁹

⁸⁵⁷ « Ok, he's an Islamic leader. Most of the time, even when we are fasting, he decides the time. When he says 'you fast tomorrow', we start fasting tomorrow, when he says 'you break tomorrow', we follow him, because he is a Muslim leader ». Entretien réalisé à Nairobi, le 15 mars 2006.

⁸⁵⁸ FRANKL, P.J.L., « The Observance of Ramadān in Swahili-land », *Journal of Religion in Africa*, XXVI, 4, novembre 1996, p. 420.

⁸⁵⁹ « The Chief Kadhi has no jurisdiction to announce the sighting of the moon, because after all, the Chief Kadhi is a judicial officer, he is not a community leader. (...) The *Majlis-ul-Ulama*, the scholars, these are community leaders, they are the people to announce the moon and to give direction to the Muslims. (...) The

Certes, la position exprimée ici semble des plus extrêmes, traduisant un certain ressentiment lié au différend personnel mentionné plus tôt entre Hammad Kassim et Abubakar Bwanakai. Cependant, même parmi les fidèles, des opinions variées ont été exprimées sur le rôle du Chief Kadhi dans ce domaine. Par exemple, Aisha Nyaruai Nduru, rencontrée au tribunal de Kadhi de Nairobi, a expliqué son point de vue dans les termes suivants :

« Nous le suivons juste, il est seulement comme un leader, nous ne pouvons pas avoir tout le monde qui annonce l'apparition de la lune. Personnellement, je le considère comme un leader. Nous n'attendons pas que chaque Imam déclare qu'il a aperçu la lune. Je n'ai pas de problème avec le fait qu'il annonce la lune. Je pense qu'il est un leader dans les deux sens, à la fois du point de vue religieux et du point de vue administratif »⁸⁶⁰

Mais à l'opposé, Faiza Wanjiku Wambui, interrogée elle aussi à Nairobi, a reconnu ne pas rompre le jeûne en fonction de l'annonce du Chief Kadhi⁸⁶¹. D'ailleurs, différents autres corps pourraient en effet, remplir la fonction qui est dévolue au Chief Kadhi : d'aucuns pourraient estimer que le SUPKEM ou le *Council of Imams and Preachers of Kenya*, qui sont des organes collégiaux pourraient également assumer cette mission. Même s'il est difficile de dégager l'opinion la plus courante en la matière, la majorité des personnes rencontrées ont pourtant estimé que le Chief Kadhi demeurerait le mieux placé pour annoncer les dates du Ramadan.

De plus, depuis la période coloniale, c'est le Chief Kadhi qui proclame le début et la fin du mois sacré et des deux *Aïd*. Or, l'*Aïd-ul-fitr* a le statut de fête nationale depuis 1971, ce qui en fait un événement officiel, dont la détermination n'affecte plus seulement les musulmans, mais aussi l'ensemble des Kenyans. Dans ce cas précis, certains considèrent que le Chief Kadhi agirait plus pour que la date de l'*Aïd* corresponde aux souhaits du gouvernement, que dans l'intérêt des musulmans du pays. C'est ainsi qu'à partir des années 1980, les débats relatifs à la fixation du premier et du dernier jour du jeûne sont devenus de plus en plus fréquents. Les problèmes ont surgi après le décès de Sheikh Abdallah Saleh Farsy

previous Chief Kadhis have been doing it because they were scholars, recognised scholars, but the current Chief Kadhi is a disgrace for Kenya, in fact for the first time, it is a wrong Chief Kadhi who has been chosen ». Entretien réalisé à Kisumu, le 20 mars 2006.

⁸⁶⁰ « *We just follow him, he is just like a leader, we can't have everybody announcing the sighting of the moon. Personally, I take him as a leader, a Muslim leader. We do not expect every Imam to say we have sighted the moon. I do not have a problem with him announcing. I think that he is a leader in both sides of it, religious side and administrative side* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 31 mai 2006.

⁸⁶¹ Entretien réalisé à Nairobi, le 22 juin 2006.

(1912-1982), Chief Kadhi de 1964 à 1982. Ce dernier, considéré comme un grand lettré musulman et comme le mieux placé pour s'exprimer en la matière, n'a jamais été contesté dans ses déclarations au sujet de l'apparition de la lune. Or, après sa disparition, aucune figure religieuse n'a été reconnue et respectée par l'ensemble des fidèles et les annonces de son successeur, Sheikh Nasor Muhammad al-Nahdy, sur les dates du Ramadan ont rarement été respectées. D'ailleurs, ce dernier ne jouissait pas d'une très bonne image auprès des fidèles et il ne possédait pas de véritable autorité, même s'il est resté en poste pendant vingt ans, de 1982 à 2002. En outre, il a été souvent critiqué par Sheikh Ali Shee, un ancien Imam de la mosquée *Jamia* de Nairobi, qui a ridiculisé le Chief Kadhi à plusieurs reprises tout au long de son mandat⁸⁶². Ali Shee lui aussi a contribué à exacerber la controverse à partir des années 1990, quand il a été désigné Imam de la mosquée *Jamia*. Ses relations avec al-Nahdy étaient particulièrement tendues et, en 1994, il a décidé de déclarer lui-même la date de fin du Ramadan, arguant que la mission du Chief Kadhi, telle que prévue par la Constitution, ne relevait que des questions de mariage, de divorce et d'héritage. Le Chief Kadhi a contesté cette interprétation et a affirmé à son tour qu'il était le seul compétent pour annoncer la fin du jeûne. Lors d'un entretien, Sheikh Ali Shee a confirmé sa position, affirmant que, d'après lui, le Chief Kadhi, du fait même de sa nomination par le Gouvernement et non par les fidèles, ne pouvait pas être considéré comme un leader religieux⁸⁶³.

Le désaccord s'est prolongé plusieurs années, même après le départ d'Ali Shee, puisque le comité de la mosquée *Jamia* a maintenu que les musulmans pouvaient débiter le jeûne selon l'apparition de la lune n'importe où dans le monde⁸⁶⁴. D'après un interlocuteur, la polémique se serait d'ailleurs renforcée dans les années 1990, à la suite de l'arrivée massive de réfugiés en provenance de la Somalie voisine. Ces derniers, issus d'un pays musulman et suivant normalement le calendrier de l'Arabie Saoudite, ont souhaité imposer leur point de vue, même si cela devait contredire l'opinion du Chief Kadhi⁸⁶⁵. C'est ainsi qu'à la fin des années 1990 a été créé le *Majlis-ul-Ulama*, censé devenir l'autorité en charge de proclamer les dates du mois sacré. Pourtant, ce conseil n'est pas parvenu à s'imposer et, de façon générale, le rôle du Chief Kadhi dans ce domaine est toujours considéré comme prédominant, car il représente un symbole pour les musulmans. Parallèlement, après la nomination de Sheikh Hammad Muhammad Kassim al Mazrui en 2002, la situation a semblé s'apaiser. Ancien

⁸⁶² Propos de Kadara Swaleh, étudiant originaire de Mombasa, Mombasa, le 1^{er} mars 2007.

⁸⁶³ Entretien réalisé à Mombasa, le 19 janvier 2006.

⁸⁶⁴ *Daily Nation*, 26/11/00.

⁸⁶⁵ Entretien avec Abdullahi Ali Jattan, Nairobi, le 31 mai 2006.

Kadhi de Nairobi, il jouit en outre d'une bonne réputation et du respect de ses coreligionnaires, sans doute en raison du prestige de ses ascendants, puisqu'il est issu de la famille des Mazrui. Certes, son statut de Chief Kadhi n'empêche pas, chaque année, certains fidèles qui entendent suivre le calendrier saoudien, de rompre le jeûne avant qu'il n'ait proclamé l'apparition de la lune. Néanmoins, ces cas relèvent plus de décisions individuelles que de différences d'opinions entre religieux. En outre, le nouveau Chief Kadhi a affirmé, en octobre 2005, quelques jours avant le début du mois sacré, que le devoir de prévenir de l'apparition de la lune relevait exclusivement de sa compétence, mettant par ailleurs les fidèles en garde contre toute autre forme de déclaration, qui aurait semé la confusion⁸⁶⁶. Dans un souci de clarté, depuis 2006, les Chief Kadhis de l'Afrique de l'Est se consultent pour harmoniser les dates du Ramadan en Tanzanie, en Ouganda et au Kenya⁸⁶⁷. Pourtant, la même année, à la fin du Ramadan, Hammad Kassim a été accusé par l'Imam de la mosquée Jamia, Sheikh Mohammed Swalihu, de ne pas avoir tenu compte des affirmations de fidèles de la province du Nord-Est, assurant avoir aperçu le premier croissant de la lune. Une fois de plus, tous les musulmans n'ont donc pas rompu le jeûne au même moment⁸⁶⁸. À Mombasa même, où le Chief Kadhi jouit d'un respect incontestable, un Imam, affirmant que le premier croissant de la lune avait été entrevu, a conduit des prières pour marquer la fin du jeûne, un jour avant la date officielle annoncée par Hammad Kassim⁸⁶⁹. À Nairobi, certains ont fait de même, choisissant de terminer le Ramadan à la même date que l'Arabie Saoudite⁸⁷⁰. Enfin, dans la Province du Nord-Est, la plupart des musulmans ont eux aussi cessé le jeûne un jour avant la notification par le Chief Kadhi⁸⁷¹. Toutefois, ce dernier a appelé à la tolérance, affirmant que le fait de célébrer l'*Aïd-ul-Fitr* à un jour d'écart ne devrait pas diviser les fidèles.

Ces polémiques revêtent une certaine importance, puisqu'elles soulèvent la question de l'autorité légitime, autrement dit de l'individu, de l'organisation, ou du groupe en droit de déclarer quand commencer et rompre le jeûne du Ramadan. Ces débats internes renvoient à des relations de pouvoir, à la légitimité des différents oulémas et à la détermination des personnes en droit de définir le « vrai » islam⁸⁷². Dans la pratique, le début du jeûne, le

⁸⁶⁶ *Daily Nation*, 04/10/05, p. 6 : « *Muslims all set for long fast* ».

⁸⁶⁷ *The Standard*, 29/09/06, p. 16 : « *Muslims to meet over Ramadan* ».

⁸⁶⁸ *Daily Nation*, 24/10/06, p. 3 : « *Muslims hold Idd prayers to mark the end of Ramadhan* ».

⁸⁶⁹ *The Standard*, 24/10/06, p. 5 : « *Joy as Ramadhan ends* ».

⁸⁷⁰ *Daily Nation*, 25/10/06, p. 4 : « *Muslims pray to mark end of Ramadhan* ».

⁸⁷¹ *The Standard*, 24/10/06, p. 5 : « *Joy as Ramadhan ends* ».

⁸⁷² RABO, A., 1999, *op. cit.*, pp. 173-199.

premier jour du mois de Ramadan, est fixé par la visibilité du premier croissant de la nouvelle lune. Mais en fonction de la situation géographique, ce dernier n'est pas visible pour tous au même moment et la question pour les fidèles consiste à savoir s'il faut « *jeûner avec La Mecque, ou bien jeûner avec la nation islamique dans son ensemble (la Umma), ou bien jeûner avec la nation* »⁸⁷³. Pour certains, il serait plus simple que l'ensemble du monde musulman respecte les mêmes dates, alors que pour d'autres, c'est l'apparition de la lune dans chaque pays qui, seule, détermine les dates du mois sacré. Ces désaccords soulèvent aussi le problème de la nationalisation de l'islam et de l'articulation entre la dimension universelle de la religion, symbolisée par le jeûne en même temps que La Mecque, et son vécu local. Ils rejoignent les discussions relatives à la centralité de la ville sainte, mettant en évidence l'influence potentielle de l'Arabie Saoudite sur l'islam kenyan. Traditionnellement, le Chief Kadhi annonçait les dates du Ramadan selon la visibilité locale de la lune, mais l'idée se répand, en particulier chez les jeunes, qu'il faudrait jeûner partout en même temps. Cela témoigne bien, parmi cette jeunesse, de la conscience de plus en plus forte de faire partie de l'*Umma* universelle, tout en exprimant de leur part une remise en cause incontestable de l'autorité des aînés et des leaders traditionnels, ainsi que la recherche d'une certaine légitimité, à travers la volonté d'imposer une parole alternative. Dans les années 1980, les controverses autour des dates du Ramadan ont d'ailleurs coïncidé avec la montée en puissance d'oulémas d'inspiration wahhabite, obsédés par une interprétation littérale de l'islam et qui s'opposaient à la vision plus traditionaliste d'al-Nahdy⁸⁷⁴. Sheikh Ahmad Mohammed Msallam, Imam de la mosquée Rabita, située dans le quartier de Westlands, à Nairobi et partisan d'un islam « pur », a expliqué sur ce thème :

« Bien sûr, il n'existe aucune jurisprudence constitutionnelle lui permettant ou le rendant responsable de l'annonce de l'apparition de la lune pour le jeûne ou la rupture du jeûne, constitutionnellement non. Mais les habitants du Kenya trouvent cela pratique qu'une telle question soit de la compétence du Chief Kadhi. Mais le Chief Kadhi, légalement ou selon les lois du Kenya, ne peut pas s'imposer ou imposer sa position sur celle d'autres personnes, sur celle d'autres musulmans. D'après la jurisprudence islamique, il y a deux positions. La première est que nous devons jeûner quel que soit le pays où la lune a été aperçue. Cette position est très forte dans la jurisprudence islamique. Puis, il y a l'idée que chaque pays devrait jeûner en fonction de la visibilité locale de la lune. (...) Nous suivons l'avis de la majorité des lettrés musulmans sur toutes les grandes et les petites questions de jurisprudence islamique, à l'exception du problème du jeûne et de la rupture du jeûne. La position de la majorité des lettrés musulmans est que nous devrions jeûner avec n'importe qui, n'importe où

⁸⁷³ ADELKHAH, F. et GEORGEON, F. (dir.), *Ramadan et Politique*, Paris : CNRS Editions, 2000, p. 14.

⁸⁷⁴ MWAKIMAKO, H.A., 2003, *op. cit.*

dans le monde. Pourquoi est-ce que nous rejetons leur position sur cette question particulière et nous suivons leur position sur toutes les autres questions ? »⁸⁷⁵

Ces différends illustrent en tout cas cette « face cachée »⁸⁷⁶ des pratiques religieuses, mais aussi le fait que la légitimité du Chief Kadhi et des Kadhis ne dépendent pas de seuls critères objectifs, mais aussi d'un certain nombre d'éléments très subjectifs, tels que leur origine familiale ou leur ethnie.

c. Le prestige et l'ethnicité : des facteurs déterminants dans l'accès à la fonction de Kadhi ?

En droit musulman classique, les critères de nomination du Kadhi concernent d'abord la capacité de l'individu : il doit être de sexe masculin, intelligent et libre, professer la foi islamique, être honorable, jouir de tous ses sens et posséder la science juridique⁸⁷⁷. Mais, outre ces conditions, Émile Tyan souligne que trois facteurs ont toujours joué un rôle capital dans le choix des magistrats de droit musulman : la « race » ou la nationalité, le *Madhhab* (école juridique) et les croyances religieuses (musulman sunnite ou chiite)⁸⁷⁸. En ce qui concerne l'école de pensée, tous les Kadhis rencontrés ont confirmé appartenir à l'école chaféite, dominante en Afrique de l'Est, rendant ce critère assez peu conséquent. En revanche, la quasi-totalité d'entre eux sont, soit originaires de la région côtière, Bajunis ou Swahilis, soit d'ethnie somalie⁸⁷⁹. Le Kadhi de Lamu, étant de l'ethnie Luhya, implantée principalement dans la province de l'Ouest, représentait la seule exception. Un interlocuteur rencontré à Nairobi, Sheikh Said Ali, a confié à ce sujet ne pas être satisfait de la manière dont sont choisis les magistrats musulmans :

⁸⁷⁵ « Of course, he has no constitutional jurisprudence providing for him or making him in charge of announcing the sight for fasting or breakfasting, constitutionally not. But people of Kenya find it fit for such an issue to be given to the Chief Kadhi. But the Chief Kadhi, legally or according to the Kenyan laws, cannot impose himself or impose his stand on the stands of the people, on the stands of other Muslims. In Islamic jurisprudence, there are two stands. That of fasting with whichever country has sighted the moon. This stand is very strong in Islamic jurisprudence. And the stand of fasting with the local sighting (...). We follow the majority of Muslim scholars in every big and small issue of Islamic jurisprudence, with the exception of fasting and breakfasting. The stand of the majority of the Muslim scholars is to fast with anyone, anywhere. Why do we reject this stand in this only particular matter and we follow theirs stand in all other matters ? ». Entretien réalisé à Nairobi, le 17 mai 2007.

⁸⁷⁶ PENRAD, J.-C., « L'autre face de la lune. Figures politiques du ramadan en Afrique orientale », in ADELKHAH, F. et GEORGEON, F. (dir.), 2000, *op. cit.*, pp. 113-123. Citation p. 123.

⁸⁷⁷ TYAN, É., 1960, *op. cit.*, p. 160.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 170.

⁸⁷⁹ Sur les dix Kadhis rencontrés et toujours en fonction, quatre étaient Somalis (Rashid Ali Omar, à Kisumu, Osman Shurie, à Garissa, Sukyan Hassan Omar, à Malindi et Sheikh Mohammed Sheikh Hassan, à Nyeri). Quatre autres étaient originaires de la Côte (Mshali Hamisi Mshali, à Nakuru, et Abdulhalim Hussein de Kwale, se présentent comme Shirazi, bien que le second a aussi reconnu avoir des ascendants digos, Ahmed Sherif Al-Muhdhar, de Nairobi est un Swahili, et Sheikh Twalib Bwana Mohammed, le Kadhi de Mombasa, est un Bajuni). L'actuel Chief Kadhi est un Arabe de la famille des Mazrui.

« Les nominations ne sont pas faites en respect de l'islam, parce que vous constaterez que dans la plupart des cas, elles répondent avant tout à des considérations tribales. Si vous regardez les Kadhis, les Kadhis actuels, vous vous rendrez compte qu'un grand nombre d'entre eux sont originaires de la même communauté (...). Ils sont originaires d'une seule zone, ce n'est que tout récemment, qu'enfin nous avons pu voir du sang neuf. Je ne sais pas quels critères ils utilisent, mais à l'origine ils étaient essentiellement originaires de Lamu, de Malindi, de la Côte. Récemment, nous avons eu des hommes originaires du Nord-Est, mais nous avons également un certain nombre de personnes cultivées à Nairobi ou à Nakuru (...). Peut-être qu'ils ont des liens, qu'ils connaissent des personnes au sein du Gouvernement ou d'anciens Kadhis. Alors, peut-être qu'au moment où des individus se portent candidats, plutôt que de prêter attention aux qualités de la personne, si quelqu'un est en bons termes avec le Chief Kadhi, l'entretien n'est que pour la forme, parce qu'ils ont déjà fait leur choix »⁸⁸⁰

Interrogé sur la question, le Chief Kadhi n'a pas fourni d'explication véritable, affirmant que si la majorité des Kadhis étaient Somalis ou originaires de la Côte, cela résultait sans doute du fait qu'ils étaient les seuls à postuler pour l'emploi et qu'il n'avait, par exemple, jamais eu connaissance qu'un Kikuyu s'était porté candidat à un tel poste⁸⁸¹. Il a reconnu que cela pourrait générer des plaintes, en particulier de la part de certaines populations, comme les Digos, islamisées de longue date. De même, il a avoué que, parmi les Somalis, représentant l'un des principaux groupes musulmans du pays, quelques voix s'élevaient pour qu'une personne de leur ethnie soit désignée Chief Kadhi, ce qui n'avait jamais été le cas. Enfin, il a confessé que « *les gens qui me connaissent savent que je viens de la famille arabe des Mazrui, ce qui pourrait dans un sens amener certains à se plaindre* »⁸⁸². En réalité, les nominations aux postes de Kadhi et de Chief Kadhi reflètent les relations de pouvoir et de prestige entre les divers groupes musulmans : si la désignation à ces fonctions est effectuée selon les règles de la fonction publique et si n'importe quel musulman devrait pouvoir être nommé, le fait que ces postes soient pour la plupart occupés par des Swahilis et des Somalis témoigne du prestige encore fort de ces groupes et de l'idée selon laquelle, islamisés de longue date et presque totalement, ils seraient « plus musulmans ».

⁸⁸⁰ « *Appointments are not done according to Islam, because you find that in most cases there is tribalism in it first of all. If you follow the Kadhis, the present Kadhis, you find that quite a number are from the same community (...). They are from one area, it is only recently that at least we are seeing some new blood, I do not know what criteria they are using. Initially, you find that they were mostly from Lamu, from Malindi, from Coast. Of late we have had people from North-Eastern, but we also have quite a number of knowledgeable people in Nairobi or Nakuru (...). Maybe they are affiliated, they know people from the Government, or maybe previous Kadhis. Instead of maybe when we apply, they see the qualities we have, if I am in good terms with the Chief Kadhi and the interview is just done but formally they have already picked* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 10 décembre 2005.

⁸⁸¹ Entretien réalisé à Mombasa, le 15 décembre 2005.

⁸⁸² « *People who know me, know that I am from the Mazrui Arabs originally, so that might in a way cause some people to complain* ». Propos recueillis à Mombasa, le 15 décembre 2005.

Hamisi M. Mshali, Kadhi de Nakuru



Abdulhalim Hussein Athman, Kadhi de Kwale



Par ailleurs, dans la Province du Nord-Est, où la grande majorité de la population est d'ethnie somalie, l'origine ethnique a été ou pourrait être la source de problèmes. Ainsi qu'il l'a été exposé dans le premier chapitre, au moment de l'établissement d'un tribunal de droit coranique dans la région, les autorités insistèrent sur la préférence qui devrait être accordée à un Kadhi Somali. De nos jours, tout fonctionnaire peut être nommé dans n'importe quelle partie du pays, sans considération ethnique. D'ailleurs, plusieurs non Somalis ont été désignés Kadhis dans la Province du Nord-Est : c'était le cas de Sheikh Ali Shee, à Garissa, ou de Mshali Hamisi Msahli, à Wajir. Cependant, en règle générale, la plupart des magistrats de droit islamique envoyés dans la région étaient d'ethnie Somalie, comme c'est le cas de l'actuel Kadhi de Garissa. D'après Ahmed Sherif Al-Muhdhar, exerçant à Nairobi, il n'est pas facile pour un non-Somali de travailler dans cette province et les personnes originaires d'autres zones n'aiment pas y être mandatées, en raison des difficultés d'accès, des conditions climatiques difficiles et des rapports parfois compliqués avec la population locale⁸⁸³. Le Kadhi de Kisumu, lui-même Somali, a admis que :

« Les Somalis constituent une communauté difficile et les autres personnes les craignent. Parfois, un Somali peut venir et s'il n'est pas d'accord avec le Kadhi, il peut même le gifler. Mais si vous êtes originaire de leur région, ils ne peuvent pas le faire, parce que cela peut causer un gros problème, un conflit tribal, par exemple. Nous pouvons accepter des individus d'autres communautés, mais ce sera difficile pour eux. Les Somalis sont une communauté très éduquée sur l'islam, donc si vous les amenez devant un Kadhi qui n'est pas très qualifié sur les questions musulmanes, il sera mis au défi. Ils vont tester sa connaissance. Mais quelqu'un comme moi, si j'y vais, ils me connaissent. Il est déjà arrivé que des non Somalis soient postés dans le Nord-est. L'ancien Chief Kadhi a été Kadhi de Garissa, mais j'ai entendu dire qu'il y a été frappé »⁸⁸⁴

Sheikh Nassor Nahdy, dont il est question ici, a d'ailleurs confirmé avoir trouvé ses conditions de travail dans la Province du Nord-Est particulièrement pénibles, reconnaissant qu'il ne lui a pas été aisé de traiter avec les habitants de cette région, méfiants envers tous ceux qui n'en sont pas originaires⁸⁸⁵. Pourtant, Mshali Hamisi Mshali, un Shirazi né sur l'île de Wasini, dans la région côtière et ayant travaillé pendant près de trois ans dans la ville de Wajir, également peuplée en majorité de Somalis, a au contraire affirmé y avoir trouvé un

⁸⁸³ Propos recueillis hors entretien, Nairobi, le 13 novembre 2006.

⁸⁸⁴ « *Somali is a difficult community and the other people fear them. Sometimes a Somali can come and if he disagrees with the Kadhi, he can even slap him. But if you are coming from their area they cannot do it because it can cause a big problem, like a tribal war. We would accept people from other communities but it would be difficult for them. Somalis are a learnt community in Islam, so if you take to them a Kadhi who is not well learnt in Islamic problems, he will be challenged. They will test his knowledge. But somebody like me, if I go, they know me* ». Propos tenus hors entretien, Kisumu, le 13 février 2007.

⁸⁸⁵ Entretien réalisé à Mombasa, le 18 mai 2006.

environnement de travail très agréable. D'après lui, la population étant en quasi totalité de confession islamique, il exerçait sa fonction dans un lieu où la plupart des individus avaient une connaissance de la loi coranique au moins équivalente, sinon supérieure à la sienne, ce qu'il a trouvé très formateur⁸⁸⁶. Dans le reste du pays, en revanche, la variable ethnique n'est pas considérée comme prédominante. Interrogé pour déterminer si l'origine Luhya du Kadhi en poste à Lamu posait problème, Sheikh Mahmud Abdulkadir, un lettré de l'île, a affirmé que ceci était au contraire parfaitement acceptable, d'autant plus, que par le passé, un ancien Chief Kadhi du Kenya, Abdallah Farsy, était lui-même un réfugié de Zanzibar, se considérant plus ou moins comme un étranger⁸⁸⁷. Si l'origine tribale des Kadhis peut avoir des conséquences en termes de légitimité, il est aussi notable que certains magistrats se montraient plus souples avec les membres de leur ethnie. Hidayat, le clerc du Kadhi de Kisumu, a expliqué que ce dernier favorisait ouvertement les Somalis, se montrant parfois très arrogant envers les autres musulmans et ne paraissant pas toujours disposé à les assister⁸⁸⁸. Cependant, ce cas semble faire exception, les autres magistrats de droit coranique n'ayant jamais fait de distinction entre les justiciables en fonction de considérations ethniques.

Outre l'ethnie, le prestige et la renommée, plus que les compétences juridiques, apparaissent parfois primordiales. Certes, ceci correspond plus à une réalité historique que contemporaine, mais la réputation pourrait toujours entrer en compte dans le choix du Chief Kadhi. Cette dernière fonction a toujours été confiée à un musulman côtier et se transmet selon une chaîne de leadership entre les membres d'un même groupe. Déjà, à l'époque coloniale, la renommée constituait le premier critère pour la désignation du Chief Kadhi, parce que les fonctionnaires coloniaux n'étaient pas à même de juger des compétences des éventuels postulants selon des critères objectifs. Par exemple, en 1962, dans un courrier adressé à M. Burkitt Rudd, le *Chief Justice*, Sheikh S.M. Muhashamy, le *Liwali* pour la Côte recommandait la nomination de Sheikh Mohamed Kassim Mazrui, alors Kadhi de Mombasa, en invoquant les arguments suivants :

« Sheikh Mohamed est issu d'une famille respectable de Mombasa, il a été éduqué à l'École Arabe Gouvernementale et a été élevé et formé en droit de la charia par un

⁸⁸⁶ Entretien réalisé à Nakuru, le 20 février 2006.

⁸⁸⁷ Entretien réalisé à Lamu, le 8 mars 2007.

⁸⁸⁸ Entretien réalisé à Kisumu, le 23 mars 2006.

éminent lettré en la matière en Afrique de l'Est, l'ancien Chief Kadhi, Sheikh Al Amin bin Ali El Mazrui »⁸⁸⁹

Sur la question, Abdulkadir Hashim décrit ce qu'il appelle une chaîne intellectuelle entre les oulémas, qui a considérablement influencé le choix des Chief Kadhis du Kenya⁸⁹⁰. Il met en évidence la mainmise de la famille des Mazrui sur cette fonction. Certes, il est vrai que le premier Chief Kadhi, nommé en 1899, n'était pas un Mazrui et que Sharif Abdulrahman bin Ahmad avait à l'époque été choisi pour mettre un terme à la confiscation par cette famille des postes de Kadhis⁸⁹¹. Toutefois, après lui, toute une série de Mazrui se sont succédés à la fonction, avec la nomination de quatre membres de cette lignée : Sheikh Suleyman bin Ali Al-Mazrui (de 1932 à 1937), Sheikh al-Amin bin Ali al-Mazrui (de 1937 à 1947), Sheikh Muhammad Kassim al-Mazrui (de 1963 à 1968) et Sheikh Hammad Muhammad Kassim al-Mazrui (depuis 2002). En outre, Abdulkadir Hashim démontre que la plupart des Chief Kadhis du Kenya ont eu un parcours éducatif assez proche et ont souvent été élèves les uns des autres. Ainsi, Sheikh Al-Amin bin Ali al-Mazrui était un étudiant de Sheikh Suleyman bin Ali Al-Mazrui et de Sayyid Ahmad bin Sumayt (un Kadhi de Zanzibar). En 1963, son élève et beau-fils, Sheikh Muhammad Kassim al-Mazrui, avait été nommé Chief Kadhi jusqu'en 1968, année où il avait laissé ce poste à son collègue, Sheikh Abdallah Saleh Farsy. À la mort de ce dernier en 1982, Sheikh Nasor Nahdy, qui avait été l'élève de Sheikh Muhammad Bereki, à Mombasa, lui-même ancien étudiant de Sheikh Al-Amin, avait été nommé Chief Kadhi. Enfin, l'actuel Chief Kadhi, Sheikh Hammad Muhammad Kassim Al-Mazrui, a été l'élève de Sheikh Muhammad Kassim. La proximité intellectuelle ne se limite d'ailleurs pas aux Chief Kadhis, puisque le Kadhi de Lamu, bien que non originaire de la Côte, a confié avoir reçu son éducation de différents cheikhs, dont Sheikh al-Farsy et Sheikh Mohammed Kassim Mazrui, tous deux d'anciens Chief Kadhis⁸⁹². Si l'origine familiale demeure primordiale, certains

⁸⁸⁹ « *Sheikh Mohamed comes from a respectable family of Mombasa, was educated at the Arab School here and was brought up and trained in Sheria by an eminent scholar of Sheria in East Africa- the late Chief Kadhi, Sheikh Al Amin bin Ali El Mazrui* ». Lettre datée du 10 août 1962. KNA/CA/9/96, *Muslim Subordinate Courts, Kadhis' Courts, Appointment of Chief Kadhi (Confidential)*.

⁸⁹⁰ HASHIM, A., « Kadhis' intellectual legacy in the East African Coast : The contributions of Al-Amin bin Ali Al-Mazrui, Muhammad Kasim Al-Mazrui and Abdallah Saleh Farsy », *International Symposium on Islamic Civilization in Eastern Africa, Kampala, 15-17th December 2003*. En général, la généalogie des intellectuels musulmans est-africains se caractérise par un réseau de fraternités, d'intermariages et de parcours intellectuels proches : BANG, A.K., *Sufis and Scholars of the Sea. Family Networks in East-Africa, 1860-1925*, London : Routledge, 2003 ; KRESSE, K., *Philosophing in Mombasa. Knowledge, Islam and Intellectual Practice on the Swahili Coast*, Edinburgh : Edinburgh University Press, 2007, pp. 70-102.

⁸⁹¹ HASHIM, A., « Servants of Sharia : Kadhis and the Politics of Accommodation in East Africa », *Workshop on 'Sharia Debates and its Perception by Muslim and Christians in Selected African Countries'*, St Paul's United Theological College, Limuru, Kenya, 15-20 juillet 2004, p. 16.

⁸⁹² Entretien réalisé à Lamu, le 5 mars 2007.

critères objectifs ont néanmoins été proposés afin de rendre le choix des Kadhis plus transparent. Par exemple, comme l'a expliqué Hammad Kassim, il a été suggéré que le Chief Kadhi devrait posséder au moins un diplôme équivalent à une maîtrise en droit musulman et aurait dû, auparavant, exercer la fonction de simple Kadhi⁸⁹³. D'ailleurs et si les qualifications constituaient le premier critère de sélection, le fonctionnement des juridictions kadhiales apparaîtrait sans doute plus formel.

3) Une institution décrite comme accessible et rapide, à défaut d'un fonctionnement très formaliste.

La justice, au Kenya, est souvent décrite comme lente et les tribunaux comme surchargés ou incapables de répondre à toutes les demandes, en raison d'un manque général de personnel et de moyens. Ainsi, à la Haute Cour de Nairobi, un juge peut traiter entre dix et trente-cinq litiges en une seule journée⁸⁹⁴ et Evan Gicheru, le *Chief Justice*, a déclaré en 2007, que près d'un million d'affaires demeuraient en attente de jugement auprès des différentes cours de justice, y compris les tribunaux de Kadhis⁸⁹⁵. Une autre allégation fréquente à l'encontre du système judiciaire concerne la corruption, qui contribuerait à l'allongement des délais et aux dysfonctionnements. En 2003, par exemple, une grande opération a conduit au renvoi de vingt-deux juges et de quatre-vingt-deux magistrats pour des accusations de malveillance⁸⁹⁶. Certes, la corruption existe aussi sans doute chez les Kadhis, comme l'a illustré l'accusation à l'encontre d'Abubakar Bwanakai, alors en poste à Kisumu. Mais, de façon générale, leur image auprès des musulmans est très positive et l'avocat Ahmed Adan, pourtant assez critique envers l'institution, a par exemple estimé qu'« *une des bonnes choses est qu'il n'y a pas de corruption dans les tribunaux de Kadhi* »⁸⁹⁷.

À ce sujet, certaines pratiques culturelles pourraient être considérées comme subornations. À plusieurs reprises et dans diverses localités, lors de mariages, alors que le

⁸⁹³ Entretien réalisé à Mombasa, le 15 décembre 2005.

⁸⁹⁴ *Daily Nation*, 19/02/07, p. 6 : « *Can Judiciary bite the hand that feeds it?* ».

⁸⁹⁵ Le total exact d'affaires en attente de jugement s'élevait à 970.540, d'après les chiffres recueillis auprès de 142 tribunaux, y compris les tribunaux de Kadhis, sur un total de 156. *Daily Nation*, 08/08/07, p. 30 : « *One million cases pending in courts : CJ* ».

⁸⁹⁶ *Daily Nation*, 07/07/06, p. 11 : « *Courts step up quest for autonomy* ».

⁸⁹⁷ « *One other good thing is that there is no corruption in the Kadhis' Courts* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 26 mai 2006. Le même genre de constat a été dressé par John R. Bowen, au sujet des magistrats de droit islamique en Indonésie, qui jouissent d'une image de juges moins corrompus que leurs collègues de droit séculier. BOWEN, J.R., 2000, *op. cit.*, p. 100.

Kadhi avait officialisé l'union et après que le nouveau couple s'était acquitté des frais pour l'obtention de leur certificat, les parents ou les témoins ont remis une petite somme d'argent au juge musulman. À leurs yeux, il s'agissait simplement de remercier le Kadhi et non de le rémunérer pour une quelconque faveur. De plus, dans ces occasions là, le magistrat n'apparaît pas tant comme un officier judiciaire que comme un cheikh et, en lui accordant ce « cadeau », les personnes présentes n'ont pas le sentiment de le soudoyer. Ceci paraît d'autant plus évident que, devant une chercheuse étrangère, ces gens n'ont absolument pas semblé gênés de cette pratique qui, à leurs yeux, n'était en aucun cas condamnable. De tels comportements participent aussi du caractère particulier de l'institution kadhiale qui, bien que partie intégrante du système judiciaire et bien que fonctionnant globalement tout comme les autres tribunaux, conserve, dans ses usages, certaines originalités.

Dans un système en quasi totalité inspiré du modèle britannique, jusque dans les habitudes vestimentaires des juges ou les modes d'interpellation des magistrats, les tribunaux de Kadhis s'apparentent plus à une cour de justice traditionnelle. L'ancien Président de la *Law Society of Kenya*, Ahmednassir M. Abdullahi les a d'ailleurs qualifiés d'institutions *jua kali*, une expression swahilie, utilisée pour désigner les petits commerçants de rue du secteur informel⁸⁹⁸. En effet, lorsque l'on pénètre dans un tribunal de Kadhi, le premier sentiment n'est pas forcément d'accéder à une cour de justice. Le fait que l'ensemble des personnes présentes soient de confession musulmane contribue à donner une impression de convivialité, d'autant plus que les valeurs islamiques imprègnent le fonctionnement de l'institution. Par ailleurs, alors que la justice paraît souvent lointaine et inaccessible pour le citoyen de base, ces juridictions opèrent de manière moins complexe, contribuant à les rendre plus abordables⁸⁹⁹.

a. Justice et culture : l'influence des valeurs islamiques sur le fonctionnement du tribunal.

Susan F. Hirsch, dans un article consacré aux tribunaux de Kadhis dans la zone côtière du Kenya, avance que, malgré la longue histoire de ces institutions dans la région, elles n'ont jamais été contrôlées par la population locale swahilie. Introduites par les sultans de la

⁸⁹⁸ Entretien réalisé à Nairobi, le 26 juin 2006.

⁸⁹⁹ Au sujet de la Jordanie, Richard T. Antoun constate aussi que les tribunaux appliquant le droit islamique fonctionnent sur un mode relativement informel et plus familial que les autres cours de justice. ANTOUN, R.T., « The Islamic Court, the Islamic Judge, and the Accommodation of Traditions : A Jordanian Case Study », *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 12, n°4, décembre 1980, pp. 460-461.

péninsule arabe puis de Zanzibar, elles furent ensuite contraintes par les colons de se conformer aux règles de procédure et de preuve d'inspiration britannique⁹⁰⁰. Susan F. Hirsch estime qu'après l'indépendance, la domination de ces institutions par des non musulmans s'est faite de plus en plus évidente, symbolisée par leur installation dans les mêmes bâtiments que les cours de justice séculière, qui faciliterait le contrôle du pouvoir sur les officiers et sur la circulation des documents intéressant l'État. Certes, le Gouvernement exerce une réelle emprise sur ces juridictions, toutefois, cela demeure légitime dans la mesure où elles font partie du système judiciaire national et où cette maîtrise s'exerce également sur les autres tribunaux. À l'opposé, une totale indépendance des cours de justice islamique justifierait certaines critiques parfois avancées mais qui, dans la situation actuelle n'apparaissent pas fondées. Par exemple, si les Kadhis n'avaient aucun compte à rendre à la hiérarchie judiciaire, leur rémunération publique serait contestable. D'ailleurs, malgré le contrôle certain du pouvoir, ces institutions restent marquées par les valeurs et le mode de vie islamiques. Ainsi, à Mombasa, lors des auditions publiques, les justiciables sont tenus de respecter la règle musulmane de séparation entre les sexes, les femmes devant s'asseoir sur les bancs des deux rangées du fond, les autres étant réservés aux hommes.

Le langage même utilisé dans l'enceinte du tribunal révèle cette influence. Au Kenya, les musulmans ont la particularité, quelle que soit leur ethnie, de souvent mieux maîtriser le swahili que les autres citoyens et c'est d'ailleurs l'idiome le plus souvent utilisé dans cette institution, que ce soit par les justiciables, par les clercs ou par les magistrats eux-mêmes. Ce n'est en général que lorsque les parties sont représentées par des avocats que les séances se tiennent en anglais. En revanche, dans les autres tribunaux, s'il est vrai qu'une majorité de justiciables s'expriment en swahili, les magistrats utilisent le plus souvent la langue anglaise. D'un point de vue légal, d'après l'article 86(1) du *Civil Procedure Act*, le langage des tribunaux subordonnés doit être l'anglais ou le swahili⁹⁰¹, mais il a été suggéré que l'utilisation de la seconde langue dans les tribunaux situés au bas de la hiérarchie pourrait constituer un premier pas pour rendre les procédures plus compréhensibles et plus simples⁹⁰². De ce point de vue, les juridictions kadhiales apparaissent donc relativement proches des justiciables, d'autant plus que, selon les localités et en raison de l'informalité qui règne

⁹⁰⁰ HIRSCH, S.F., 1994, *op. cit.*, pp. 207-230.

⁹⁰¹ En revanche, il faut noter que les tribunaux sont tenus de conserver l'ensemble de leurs dossiers en anglais.

⁹⁰² MULEI, C., « The Judiciary and Constitutionalism : Creating New Ethos and Values », in MUTE, L.M. et WANJALA, S., *When the Constitution Begins to Flower. Vol. I : Paradigms for Constitutional Change in Kenya*, Nairobi : Claripress, 1990, p. 65.

souvent dans cette institution, d'autres idiomes sont parfois utilisés. Par exemple, à Garissa, dans la Province du Nord-Est, comme le Kadhi et la quasi-totalité des parties sont d'ethnie somalie, l'ensemble des sessions se tient en langue somalie. D'ailleurs, même à Kisumu, où la majorité de la population est chrétienne et d'ethnie Luo, mais où le Kadhi est Somali, les auditions se font assez souvent dans cette dernière langue, lorsque des parties de cette communauté se présentent devant le juge. Parfois même, certains Kadhis s'expriment en langue arabe, ce qui a été assez régulièrement observé à Kisumu et à Malindi. Dans une certaine mesure, cette pratique constitue une atteinte aux règles de procédure et devrait être bannie, puisqu'elle rend les auditions, réalisées dans une langue incompréhensible pour un tiers, assez peu transparentes. Cependant, dans le même temps, elle donne une image plus accessible au tribunal, en particulier dans certaines régions ou pour certaines populations qui ne maîtrisent ni l'anglais, ni même le swahili⁹⁰³.

L'influence islamique se manifeste encore à travers le fait que la plupart des femmes qui se rendent auprès du Kadhi sont accompagnées d'un frère, de leur père ou de tout autre membre masculin de leur famille, supposé les représenter ou les assister. Dans certaines zones du pays en particulier, les valeurs islamiques imprègnent tellement la vie sociale que les institutions publiques sont obligées d'en tenir compte, malgré le respect des principes séculiers. Ceci tend alors à remettre en cause l'idée selon laquelle la localisation de ces institutions dans les mêmes bâtiments que les autres administrations judiciaires affecterait les normes islamiques. Il est d'ailleurs remarquable que c'est à Mombasa, où le tribunal du Kadhi est situé au sein même des *Law Courts*, que les principes islamiques conservent le plus de prégnance sur le fonctionnement quotidien de cette juridiction. Certes, cela tient en grande partie au fait que la ville est, de manière générale, très imprégnée par l'islam, mais il n'en demeure pas moins que certains aménagements ont été prévus pour tenir compte du mode de vie musulman, au sein même d'administrations publiques. Dans cette ville, le vendredi, les employés du tribunal de Kadhi sont autorisés à quitter leur travail pour leur pause déjeuner à 11h30, au lieu de 12h30 habituellement, et ce afin qu'ils puissent prendre part à la grande prière de la mi-journée. De façon générale, d'ailleurs, le vendredi est une journée assez calme dans la plupart des tribunaux de Kadhis, dans la mesure où la majorité des magistrats de droit musulman préfèrent ne pas fixer d'audition publique ce jour-là. Comme l'a souligné Ismail A.

⁹⁰³ À Garissa, dans la Province du Nord-Est, plusieurs des personnes rencontrées ne pouvaient s'exprimer dans une autre langue que le Somali. De même, de nombreuses femmes, n'ayant pas eu d'accès à l'éducation, ne sont pas capables de parler d'autres langues que leur dialecte maternel.

Abdallah, le Kadhi de Lamu, si une affaire prenait du retard, il lui serait difficile d'être à l'heure pour la grande prière et il préfère donc reporter les auditions aux autres jours⁹⁰⁴. Dans d'autres localités, comme à Nairobi, à Nyeri, à Kisumu ou à Garissa, les Kadhis ont tout simplement confié ne pas revenir à leur travail l'après-midi, après la grande prière. À ce sujet, Sukyan Hassan Omar, le magistrat de Malindi, a expliqué que la charge de travail est assez faible le vendredi, parce que les fidèles eux-mêmes n'aiment pas présenter leurs différends ce jour-là, où ils sont plutôt censés se détendre l'esprit et ne pas se disputer⁹⁰⁵. Le vendredi est donc partout une journée calme, sauf en ce qui concerne les mariages, peut-être même plus nombreux. Autre particularité, à Mombasa, durant le mois de Ramadan, les femmes travaillant au tribunal de Kadhi sont autorisées à quitter leur travail dès 15h, pour leur permettre de préparer le repas de la rupture du jeûne. Le mois de Ramadan est en général assez remarquable en ce qui concerne l'activité du tribunal, les affaires y sont en effet rares, non seulement parce que les fidèles sont très occupés, mais aussi parce que, comme l'a souligné le Chief Kadhi, il s'agit d'un mois où il n'est pas bon de se quereller. Hammad Kassim a aussi expliqué préférer ne pas fixer d'audition tout au long de cette période particulière, en raison de ses nombreuses autres activités, puisqu'il est souvent invité à donner des sermons dans diverses mosquées⁹⁰⁶. Le fonctionnement du tribunal de Kadhi apparaît donc influencé par certains traits de la culture musulmane et le respect de ces valeurs contribue à donner à cette institution l'image d'une juridiction plus proche de son public.

b. Un exemple de justice accessible ?

Alors que la justice paraît souvent lointaine, voire inaccessible, pour un public peu familier du vocabulaire ou même de ce domaine en général, l'avocate Amina Bashir a souligné :

« Les tribunaux de Kadhis sont vraiment là pour aider les gens. Je dirais même les musulmans des classes les plus basses, les moins privilégiés, ceux qui n'ont pas de pouvoir économiquement. Pour aller devant un tribunal de droit commun, il faut un certain degré d'éducation, un certain bien-être économique. Mais les tribunaux de Kadhis sont très informels, ils sont vraiment accessibles à la communauté locale (...). Un tribunal de Kadhi qui est accessible, où vous n'avez pas à verser beaucoup d'argent pour déposer une plainte, c'est quelque chose qui les aide énormément. J'ai vu des femmes musulmanes qui obtiennent leurs droits à travers le tribunal de Kadhi,

⁹⁰⁴ Propos tenus hors entretien, Lamu, le 5 mars 2007.

⁹⁰⁵ Propos recueillis hors entretien, Malindi, le 10 novembre 2006.

⁹⁰⁶ Propos tenus hors entretien, Mombasa, le 2 octobre 2007.

elles y vont, elles se plaignent, la procédure est très informelle. Une fois sur deux, vous n'avez pas à déposer de plainte, et même s'il s'agit d'une requête, c'est un simple document que le clerc vous aide à remplir. Vous allez là-bas, vous obtenez une audition rapidement (...) et la plupart du temps, c'est très accessible. Si elles devaient aller devant les tribunaux de droit commun où vous devez déposer une plainte, vous devez attendre une année avant que l'affaire ne soit entendue, vous êtes épuisé, tout le monde parle anglais, il y a des avocats... Ce serait virtuellement impossible »⁹⁰⁷

L'accès au tribunal de Kadhi est, de toute évidence, facilité par des formalités administratives et financières plus abordables que dans les autres juridictions. En moyenne, d'après les chiffres fournis par Hassan Suleiman, travaillant auprès du magistrat de Nairobi, pour une affaire « normale » de divorce, les frais d'ouverture et de gestion d'un dossier s'élèvent à 975 Shillings, soit environ 10 euros⁹⁰⁸. D'après Douglas Randu, du tribunal de Malindi, et Mohammed Ashur, de Mombasa, le montant ne serait même que de 625 Shillings pour une demande divorce⁹⁰⁹. Pour le même genre de litige, porté auprès de la division familiale de la Haute Cour, les frais s'élèvent au minimum à 2,000 Shillings, équivalent à près de 22 euros. L'institution est moins onéreuse puisque, dans de nombreux cas, il n'est pas nécessaire pour les parties de se présenter accompagnées d'un avocat, alors que cela est obligatoire pour les différends portés devant la Haute Cour. Enfin, comme l'a souligné Amina Bashir dans l'extrait cité précédemment, le juge de droit coranique accepte souvent de recevoir les justiciables sans leur demander le dépôt formel d'une plainte. De façon théorique, l'action judiciaire, en droit musulman, implique qu'une requête soit déposée, pourtant, dans les faits, ce n'est pas toujours le cas. Ceci s'est même révélé très rare à Garissa, où la plupart des affaires sont traitées sans que les parties n'aient à remplir de dossier, en particulier pour les questions d'héritage, presque toutes réglées en l'absence de toute demande et de toute défense écrites, parce que les règles du droit islamique en la matière sont très claires. Le Kadhi a d'ailleurs confié que, lorsque le litige lui paraît simple, il préfère le résoudre sans que les

⁹⁰⁷ « *The Kadhis' Courts have really been about helping people. I would say the lower class Muslims, the underprivileged, the economically unpowered. Because going to a mainstream court requires some level of education, some level of economic empowerment. So you find that Kadhis' Courts are very informal, they are really accessible to the local community (...). For them, having a Kadhi's Court that is accessible, where you do not have to pay so much money to file a complaint is something that assists them a lot. I have seen Muslim women who get their rights through Kadhis' Courts, they go, they complain, the procedure is very informal. Half the time, you do not have to go there and file for a complaint, even if it is just a form that the clerk will help you to fill out. You go there, you get a quick hearing, (...) and most of the time it is very accessible for them. If they had to go to the mainstream courts where you have to file a complaint, you have to wait a year before the matter is heard, you are overwhelmed, everybody speaks English, there are lawyers... It is going to be virtually impossible* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 19 octobre 2005.

⁹⁰⁸ Entretien réalisé à Nairobi, le 29 juillet 2006.

⁹⁰⁹ Entretiens réalisés à Malindi, le 11 décembre 2006 et à Mombasa, le 23 mai 2007.

parties n'aient à remplir de dossier, ce pourquoi le nombre réel de cas jugés est beaucoup plus élevé que celui consigné dans les registres⁹¹⁰.

En ce qui concerne certains différends, notamment les divorces, la procédure auprès du tribunal de Kadhi est par ailleurs beaucoup moins complexe et les raisons des demandes de rupture d'union ne sont pas très strictes. En droit islamique, un divorce peut être requis pour à peu près n'importe quel motif, et à n'importe quel moment après le mariage. Pour prendre un exemple extrême, le Kadhi de Malindi a jugé une affaire de répudiation concernant un couple qui est resté marié seulement deux jours⁹¹¹. Par contre, auprès de la Haute Cour, un divorce ne peut, sauf cas exceptionnel, être sollicité qu'après trois années de vie en couple et les raisons pour invoquer une rupture d'union matrimoniale se limitent à six cas énoncés dans les articles 8 et 22 du *Matrimonial Causes Act* : l'adultère, la cruauté, la désertion, la folie, le viol, la présomption de décès et, si le plaignant est l'épouse, la sodomie ou la bestialité. Mais, même en la présence de l'une de ces accusations, le tribunal peut refuser de prononcer le divorce ou imposer sa propre solution à une union en situation d'échec. En résumé, les démarches auprès de la Haute Cour sont souvent décrites comme interminables, pleines d'obstacles, onéreuses et psychologiquement éprouvantes. Aisha, une jeune femme ayant demandé au Kadhi une dissolution de son mariage, a expliqué très justement qu'auprès de l'institution de droit coranique, elle pouvait requérir un divorce parce que son époux ne s'occupait plus d'elle depuis trois mois, alors que, devant un tribunal de droit commun, la procédure aurait été très longue⁹¹². En respect du *Matrimonial Causes Act*, un divorce-type auprès de la Haute Cour nécessite, en effet, au minimum un an, lorsque les parties se représentent elles-mêmes, voire plusieurs années lorsque des avocats sont impliqués⁹¹³. De ce point de vue, le tribunal de Kadhi apparaît donc beaucoup plus expéditif, dans la mesure où les affaires de séparation sont en général résolues dans un maximum de quelques mois.

⁹¹⁰ Propos recueillis hors entretien, Garissa, le 20 mars 2007.

⁹¹¹ L'affaire concernait Nadhir Hamisi, qui avait vécu avec une femme sans l'autorisation de ses parents, avant que ceux-ci ne découvrent les faits. Pour restaurer l'honneur de la famille, le père avait demandé à son fils d'épouser la femme. Mais devant le refus de Nadhir, ses parents l'avaient fait arrêter et l'avaient forcé à épouser la jeune fille, alors même qu'il était détenu. Puis, deux jours seulement après, Nadhir a répudié son épouse. *Sunday Nation*, 17/12/06, p. 9 : « *Married, divorced in 2 days* ». Après avoir été répudiée, la jeune femme, du nom de Swabrina Bakar Masuo, a déposé une plainte auprès du tribunal de Kadhi de Malindi (*Civil Case 54/2006*), pour le paiement de sa dot. Pour sa défense, Nadhir a affirmé avoir divorcé parce que son mariage avait été forcé. L'affaire figure dans l'annexe 14 et l'article du *Sunday Nation* dans l'annexe 11.

⁹¹² Entretien réalisé à Nairobi, le 31 mai 2006.

⁹¹³ *Saturday Nation*, 07/10/06, p. 9 : « *Divorce laws breed more resentment* ».

Il est d'ailleurs admis que, en comparaison aux autres tribunaux, la justice est rendue de façon relativement rapide auprès des Kadhis. Pourtant, de façon théorique, les opérations entre le dépôt d'une plainte et le rendu d'un jugement sont les mêmes que dans les autres tribunaux kenyans. En premier lieu, le plaignant doit fournir la demande, exposant sa requête et les raisons pour lesquelles il se présente devant cette institution. Ensuite, le prévenu dispose de quatorze jours pour se rendre auprès de la cour de justice et établir sa défense. En général, s'il n'y a pas d'objection, une date est alors fixée pour l'audition des parties. En fonction de la complexité de l'affaire et du nombre de témoins, des séances ultérieures peuvent être organisées, jusqu'au rendu du jugement. Le plus souvent, un procès « classique », sans complication majeure, peut être résolu en deux à trois mois. Plusieurs justiciables ont souligné que, s'ils avaient dû se rendre auprès des tribunaux « normaux », le jugement de leur différend aurait probablement nécessité des délais beaucoup plus importants. Mariam Ebrahim Kasu, par exemple, venue pour une question d'héritage, a expliqué que si elle avait déposé sa plainte auprès de la Haute Cour, ce qui était possible du point de vue technique, elle aurait attendu des mois, voire des années, avant d'obtenir un verdict⁹¹⁴.

Un certain nombre de facteurs expliquent la relative rapidité des juridictions kadhiales. Tout d'abord, le fait que pour beaucoup d'affaires les parties ne sont pas représentées par des avocats rend les auditions plus courtes et les questions de procédure moins strictement suivies. Ensuite, les tribunaux de Kadhis ne s'occupent que d'affaires civiles, qui nécessitent moins de témoignages ou de preuves que pour les questions criminelles. Tous ces facteurs contribuent à la rapidité de l'institution, mais il serait faux de considérer que l'exercice de la justice est toujours moins lent auprès des Kadhis. Au contraire, les délais se prolongent parfois, en particulier à Mombasa, où le tribunal est particulièrement chargé. À ce sujet, d'ailleurs, Hussein Khalid, travaillant pour l'organisation musulmane *Muslims for Human Rights* (MUHURI), a confié recevoir de nombreuses réclamations concernant les retards dans le rendu de la justice auprès de cette institution⁹¹⁵. De même, Mohammed Ashur, clerc auprès du magistrat de Mombasa, a reconnu recevoir parfois les reproches de justiciables insatisfaits du délai excessif entre la date de l'ouverture de leur dossier et leur convocation pour une audition⁹¹⁶. Pourtant, comme l'a expliqué l'avocat Nicanory A. Akanga, les affaires demeurent jugées plus rapidement que dans les autres tribunaux car, même si les Kadhis sont

⁹¹⁴ Entretien réalisé à Nairobi, le 14 février 2006.

⁹¹⁵ Entretien réalisé à Mombasa, le 16 janvier 2006.

⁹¹⁶ Entretien réalisé à Mombasa, le 23 mai 2007.

parfois surchargés, le droit islamique dispose de règles très précises pour la plupart des situations qui peuvent se présenter à eux, limitant les conflits concernant divers aspects du droit⁹¹⁷. Cette relative rapidité et la simplicité du fonctionnement de l'institution tiennent aussi pour une large part au caractère informel de la juridiction kadhiale.

c. Un fonctionnement plus ou moins formaliste, à l'appréciation de chaque magistrat.

De manière anecdotique mais aussi révélatrice, pour ce qui concerne les conditions de recherche, la justice classique se révèle peu accessible et l'obtention de données statistiques ou d'informations générales n'est pas toujours chose aisée. En revanche, les tribunaux de Kadhis font figure d'institution plutôt accueillante, où les renseignements demandés ont toujours été donnés spontanément. Le tribunal de Kadhi est par ailleurs souvent considéré comme moins formel que les autres institutions judiciaires et la procédure moins stricte car, même si les magistrats musulmans sont supposés suivre certaines règles de fonctionnement de leur institution, ils accordent une large place au dialogue et aux tentatives de résolution pacifique des différends. La communauté de religion, établissant des relations moins « officielles » entre les justiciables et les personnes qui les assistent, joue un rôle important en la matière, dans la mesure où les individus qui se rencontrent au tribunal se côtoient aussi souvent à la mosquée. Le partage de la même foi constitue en outre un facteur fondamental dans la perception du juge, moins solennel et plus amical. Lors de certaines auditions, la relation entre le Kadhi et les justiciables a même semblé curieuse, le magistrat se montrant parfois assez paternaliste dans la conduite de ses interrogatoires. Il serait cependant hasardeux de généraliser, puisque certains Kadhis, comme ceux de Lamu ou de Mombasa, s'avèrent au contraire parfois très stricts, voire assez distants envers les parties en présence. Toutefois, de façon générale, les magistrats de droit coranique donnent l'impression de juges plus « humains » et plus abordables. Ceci découle en partie du fait que les auditions se tiennent le plus souvent dans le cabinet du Kadhi, créant une ambiance plus informelle et plus « cordiale », tout en facilitant le dialogue et les tentatives de réconciliation.

Dans la plupart des cas, les parties se retrouvent donc seules avec le juge, ce qui concourt à une certaine intimité et encourage les individus à de plus longues dépositions, puisqu'ils ne sont pas intimidés par l'atmosphère austère d'une cour de justice et par la

⁹¹⁷ Entretien réalisé à Mombasa, le 13 janvier 2006.

présence d'un large public. Mais une fois de plus, les situations sont extrêmement variables. Par exemple, à Mombasa, seule ville à disposer d'un tribunal propre au Kadhi, les auditions se font en public, et le Kadhi insiste sur le respect des procédures, expliquant ne pas souhaiter recevoir les parties dans son cabinet, à moins que cela ne soit rendu nécessaire lorsque l'affaire comporte des aspects très intimes qu'il serait gênant d'exposer aux oreilles de tous. D'ailleurs, pendant quelques mois, le tribunal n'a pu être utilisé en raison de problèmes de ventilation et le Kadhi devait alors accueillir les justiciables en privé. Une différence notable a alors été constatée dans la conduite des auditions, le magistrat se montrant parfois plus familier avec les parties. À l'opposé, le Chief Kadhi a confié préférer les auditions dans son bureau, dans la mesure où la majorité des différends concernent des affaires familiales, comportant parfois des questions très sensibles ou personnelles⁹¹⁸. Le fait que tous les Kadhis ne bénéficient pas d'un clerc à même de les assister à plein temps renforce aussi le caractère informel de l'institution, même si là encore les situations diffèrent d'un lieu à un autre. Par exemple, à Lamu, alors que le Kadhi ne possède pas de réelle salle de tribunal, il tient néanmoins ses interrogatoires de manière très rigoureuse et il questionne les parties en anglais, alors que son assistante, toujours présente à l'audition, traduit en swahilie.

Concrètement, la gestion de chaque tribunal de droit coranique dépend de l'appréciation du Kadhi. À Garissa, par exemple, la cour de justice illustre un cas extrême d'administration informelle, même si l'institution demeure très active. L'ambiance générale y a, en effet, parru assez particulière et ne s'est retrouvée dans aucun autre tribunal. Le travail du Kadhi n'y répond à aucune règle d'organisation précise et celui-ci s'apparente plus à un conseiller qu'à un véritable magistrat. Chaque jour, un grand nombre de plaideurs se trouvent rassemblés dans le cabinet du juge et les auditions se déroulent selon une alternance de questions-réponses et de simples échanges. Lors des interrogatoires, les règles de procédure ne sont absolument pas respectées, le Kadhi interrogeant tantôt les plaignants, tantôt les prévenus, sans ordre particulier, laissant l'impression qu'il s'agit plus d'une discussion que d'une audition. En outre, le juge ne fait pas toujours prêter serment aux témoins avant leurs dépositions et il est toujours seul dans son cabinet, le clerc n'entrant que de temps en temps, pour faire signer certains documents ou récupérer des dossiers. Néanmoins, les sessions se prolongent souvent car le magistrat se montre toujours très disponible, écoutant avec attention et restant régulièrement au-delà de ses horaires de travail, tant que des personnes attendent et

⁹¹⁸ Entretien réalisé à Mombasa, le 26 février 2007.

lui demandent conseil. Par ailleurs, si le Kadhi a confié qu'il ne fixait pas d'audition les après-midi en raison de la trop forte chaleur, il reste toujours présent et prêt à recevoir des justiciables, quel que soit le moment de la journée⁹¹⁹. À propos des auditions, il n'était pas rare que le public présent dans la salle participe aux débats entre le juge et les parties, commentant ce qui se déroulait ou le fond de l'affaire traitée. Parfois, lorsque l'un des plaideurs s'exprimait, les personnes assises et qui n'étaient pas toujours impliquées dans le litige, critiquaient, riaient ou répondaient⁹²⁰. Le plus souvent, les jugements étaient rendus de manière très simple et, curieusement, le Kadhi les retranscrivait après les avoir prononcés, alors que la pratique « normale » consisterait à faire le contraire. D'ailleurs, les verdicts étaient rédigés succinctement, dans le cabinet, et parfois alors même que des parties se trouvaient toujours devant le magistrat. Pour se justifier, ce dernier a admis que si, dans l'idéal, il devrait s'isoler et élaborer sa décision seul, dans la pratique, cela lui paraissait difficile, puisque son cabinet est aussi le tribunal et qu'il serait mal aisé d'en expulser les personnes présentes⁹²¹. Cette impression d'un travail très peu formaliste a été confirmée par les propos de Mohammed Kullow, l'un des rares avocats exerçant à Garissa et officiant parfois auprès du tribunal de Kadhi⁹²². Il a expliqué que la cour de justice musulmane fonctionne, dans cette ville, de manière très libérale et que le déroulement des affaires n'est pas retranscrit de manière correcte par le Kadhi, dont les dossiers sont peu fournis et dépourvus du détail des auditions. Il a encore affirmé, et ces propos ont été confirmés par Caro, l'*Executive Officer* des tribunaux de Garissa, que le Kadhi ne siégeait pas toujours dans son cabinet, mais parfois à l'extérieur, à l'ombre d'un arbre et gérait son tribunal comme s'il menait une palabre, se comportant plus comme un ancien de la communauté que comme un véritable juge⁹²³.

⁹¹⁹ Propos tenus hors entretien, Garissa, le 22 mars 2007.

⁹²⁰ Richard T. Antoun dresse à peu près le même genre de constat au sujet de la Jordanie, dans le contexte de tribunaux islamiques situés en milieu rural, dans le district d'Al-Kura : « *Des villageois pénèrent dans la salle d'audience avec un mélange d'informalité tranquille et de déférence, présentent leurs problèmes au juge, demandent son conseil et même parfois s'affalent sur son bureau (...). Souvent, le juge se met en colère, en particulier lorsque, par habitude, les villageois parlent alors que ce n'est pas leur tour, interrompant le témoignage des autres...* » (« *Villagers come into the courtroom with a mixture of easy informality and deference, present their problems to the judge, ask his advice, and even lean on his desk (...). Often, the judge gets angry, particularly when, out of habit, villagers talk out of turn, interrupting each other's testimony...* »), ANTOUN, R.T., 1980, *op. cit.*, p. 461.

⁹²¹ Propos recueillis hors entretien, Garissa, le 21 mars 2007.

⁹²² Entretien réalisé à Garissa, le 21 mars 2007.

⁹²³ Propos tenus hors entretien, le 21 mars 2007 avec Mohammed Kullow et le 19 mars 2007 avec Caro.

Le tribunal de Garissa fait figure d'exemple extrême mais, de façon plus générale, Jalson Nyagea Makori, un avocat de Nairobi qui décrivait le fonctionnement des juridictions de Kadhi, a déclaré :

« Le tribunal de Kadhi apparaît plus comme une salle pleine d'individus qui discutent. Vous ne pouvez pas soulever une objection préliminaire, vous allez parler et ensuite une autre partie va s'exprimer et vous serez tous pris en considération. Parfois, le Kadhi s'écarte des règles, il reste dans la loi, mais il ne la suit pas strictement, il décide après consultation, en fonction de ce que disent les parties, il va décider ce qui est le mieux pour les deux »⁹²⁴

Le caractère parfois confus du déroulement des auditions tient encore au fait que, pour un nombre non négligeable de litiges, les parties préparent elles-mêmes leurs plaidoyers, sans l'assistance d'un avocat. D'après le Kadhi de Nairobi, pour environ la moitié des affaires, les parties ne sont pas représentées⁹²⁵. Ce chiffre, comparé aux observations personnelles, semble correspondre à une estimation en deça de la réalité puisque, sur les quarante-deux affaires étudiées, dans seulement dix cas une ou les deux parties étaient représentées par des avocats⁹²⁶. Il est vrai que pour des populations qui ont parfois des ressources très limitées, il semble très difficile de s'offrir les services d'un juriste. De plus, dans certaines localités, comme à Garissa ou à Lamu, la présence d'avocats est rare, en raison du faible nombre, voire de l'absence, de cabinet juridique⁹²⁷. Dans la première ville, une seule affaire s'est déroulée en présence d'un avocat, alors qu'à Lamu, cela n'a jamais été observé. Ismail A. Abdallah a ainsi regretté qu'au tribunal de Lamu, il est presque impossible pour les justiciables d'être défendus par des représentants, ce qui faciliterait le déroulement des auditions⁹²⁸. Pourtant, même lorsque les plaideurs sont représentés, la tenue des auditions se fait de manière beaucoup plus souple que dans les autres cours de justice. L'avocat Jalson Nyaega Makori a confié que dans les tribunaux civils, lorsque les parties sont défendues par des avocats, seuls ces derniers s'expriment, alors que dans les tribunaux de Kadhis, les justiciables prennent parfois la parole, même lorsque leurs représentants se sont exprimés⁹²⁹. Dans les faits, cela

⁹²⁴ « *The Kadhi's Court appears more like a room full of people talking. You cannot bring up a preliminary objection, you will talk and another party will talk and you will all be accommodated. There are times that you find that the Kadhi deviates, he will be within the law, but he will not follow strictly, he will decide after consultation, upon what the parties said, he will decide what is best for the two of them* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 25 mai 2006.

⁹²⁵ Entretien réalisé à Nairobi, le 26 octobre 2005.

⁹²⁶ Dans six affaires, les deux parties avaient des avocats et dans quatre autres, une seule des parties avait un avocat. Sur ces dix affaires, quatre portaient sur une question d'héritage.

⁹²⁷ À Garissa, seuls deux avocats exercent, alors qu'à Lamu il n'existe aucun cabinet de juriste.

⁹²⁸ Entretien réalisé à Lamu, le 5 mars 2007.

⁹²⁹ Entretien réalisé à Nairobi, le 25 mai 2006.

n'est pas rare, en particulier lorsque les auditions ont lieu dans le cabinet du magistrat musulman. Or, comme la plupart des personnes ignorent les procédures juridiques, le caractère informel des auditions s'en trouve encore aggravé. Par exemple, en principe, après l'interrogatoire du plaignant par le juge, le défendeur peut lui poser des questions. Mais, dans la plupart des cas observés, plutôt que de demander des précisions, ce dernier présente sa version des faits ou nie les allégations de l'autre partie.

Selon la théorie islamique classique, la représentation par un avoué, appelé *Wakil*, est possible, bien que la procédure normale soit plutôt de plaider en personne. Le long de la Bande Côtière, avant l'indépendance, les musulmans se présentant au tribunal de Kadhi pouvaient d'ailleurs obtenir assistance de *Wakils*, lorsqu'ils portaient leur différend devant le magistrat musulman. Souvent, ces « avocats » ne possédaient pas de cabinet, mais rencontraient les plaignants à leur domicile. Ils demandaient peu d'argent en contrepartie de leurs services et surtout, ils étaient très familiers du droit coranique. Cette fonction fut supprimée par le vote de l'*Advocates Act* en 1963 et depuis, lorsque des individus souhaitent obtenir une aide légale, ils doivent le faire auprès des avocats « classiques ». Le Chief Kadhi, Hammad Kassim, et Sheikh Ali Darani, un ancien Kadhi, ont estimé que la réintroduction des *Wakils* constituerait une aide importante pour les parties⁹³⁰. D'après eux, ils rendaient, en effet, de très nombreux services, notamment en raison de leur maîtrise de la loi de l'islam, mais aussi du faible coût de leur assistance. Hammad Kassim a d'ailleurs confié avoir concrètement proposé de recréer ces postes au Kenya, mais son idée a été rejetée, en partie à cause de l'opposition de nombreux avocats. Ceux-ci craignaient une dévalorisation de leur profession en raison, d'une part de la reconnaissance, au sein de la justice, de personnes sans qualifications et, d'autre part, de la perte de clientèle due au tarif très abordable des *Wakils*⁹³¹. Par conséquent, dans la situation actuelle, même auprès du tribunal de Kadhi, les parties sont souvent défendues par des juristes de confession chrétienne, puisqu'il n'existe aucune restriction particulière en la matière⁹³². Nicanory A. Akanga, lui-même non musulman, a confié que, d'après lui, les musulmans n'ont aucun problème à être représentés par des chrétiens et qu'il ne lui a d'ailleurs jamais été demandé quelle était sa religion avant qu'une

⁹³⁰ Entretiens réalisés à Mombasa, le 26 février 2007 (Hammad Kassim) et le 17 janvier 2006 (Ali Darani).

⁹³¹ Propos tenus par Hammad Kassim, hors entretien, Mombasa, le 26 février 2007.

⁹³² Pour pouvoir exercer officiellement, les avocats doivent être enregistrés comme membres de la *Law Society of Kenya* (LSK), qui publie plus ou moins régulièrement un annuaire. Dans la dernière édition, datant de 2006, 3.265 avocats étaient recensés, dont 710 femmes. Selon des estimations personnelles, basées sur les noms à consonance islamique, sur ce total, 128 avocats étaient musulmans, dont 103 hommes et 19 femmes. *Law Society of Kenya, Directory of Members*, 2005-2006.

affaire ne lui soit confiée⁹³³. D'aucuns pourraient prétexter qu'un musulman, étant plus familier du droit coranique, serait mieux à même de défendre ses coreligionnaires. En ce sens, le Chief Kadhi a expliqué que la plupart des avocats étant non musulmans, ils ne connaissent pas la loi islamique et ralentissent souvent les affaires en invoquant des points de procédure, plutôt que de privilégier le fond⁹³⁴. Cependant, comme l'a souligné l'avocate, Sultana Fadhil, elle-même musulmane, les tribunaux de Kadhis ne sont en charge que du droit islamique de la famille, qui est enseigné dans le cadre des études de droit et qui reste assez simple à maîtriser⁹³⁵.

Les tribunaux de Kadhi font ainsi figure d'institution unique du système judiciaire kenyan, en raison du droit qu'ils appliquent, mais aussi de leur organisation et de leur fonctionnement. Particuliers, de par leur statut et celui de leur cour, les Kadhis le sont encore par la manière dont ils exercent la justice.

II. Le rendu de la justice entre théorie et pratique : un respect plus ou moins strict de la législation.

Au sein de la hiérarchie judiciaire, les tribunaux de Kadhis jouissent d'une position équivalente à celle des *Magistrates' Courts*, se situant au plus au bas de l'échelle. En même temps, il s'agit d'institutions spécialisées, ne s'adressant qu'à une composante spécifique de la population et ne traitant que d'affaires particulières et limitées. Ceci explique pourquoi ces tribunaux sont le plus souvent mal connus, même de certains avocats ou fonctionnaires de la justice. Nicanory A. Akanga a par exemple souligné que, en tant que juriste, il n'a jamais été préparé à plaider auprès de telles institutions, étant donné qu'elles ne sont que très brièvement évoquées dans le cadre de la formation juridique. Il a expliqué que, lors des stages réalisés au cours de leurs études de droit, les étudiants ne sont jamais affectés auprès des Kadhis et que, par conséquent, la découverte de cette juridiction a lieu lorsque l'avocat est amené à y plaider⁹³⁶.

⁹³³ Entretien réalisé à Mombasa, le 13 janvier 2006.

⁹³⁴ Propos recueillis hors entretien, à Mombasa, le 26 février 2007.

⁹³⁵ Entretien réalisé à Mombasa, le 12 janvier 2006.

⁹³⁶ Entretien réalisé à Mombasa, le 13 janvier 2006.

Le tribunal de Kadhi fait pourtant partie intégrante du système judiciaire et demeure une instance placée sous le contrôle de l'État, même si la tutelle de ce dernier semble parfois assez relative. La législation spécifique à cette institution se limite à un article constitutionnel, à une loi portant exclusivement sur les tribunaux de Kadhis et à deux autres textes concernant l'application du droit islamique en matière de statut personnel. Pour le reste, l'organisation et le fonctionnement de ces juridictions relèvent du droit général. Par exemple, les règles de nomination des juges, les procédures et certaines obligations des magistrats attestent cette influence de l'État, soulevant certaines contradictions avec les règles de droit musulman. De même, le contrôle étatique transparaît à travers l'obligation pour les Kadhis de transcrire leurs jugements ou d'enregistrer les mariages et les divorces, autant d'éléments qui ne sont pas exigés par la loi coranique. Pourtant, les tribunaux de droit musulman jouissent d'une assez large indépendance par rapport aux autres institutions juridictionnelles, se conformant aux règles relatives au fonctionnement de la justice de manière plus ou moins stricte.

En raison de cette contradiction, la législation spécifique aux juridictions kadhiales ne fait pas toujours l'unanimité. Peu de temps avant d'être remplacé à son poste de Chief Kadhi, Sheikh Nassor Nahdy s'était par exemple plaint du fait que le *Kadhi's Courts Act* ne servait pas les intérêts de la communauté musulmane, affirmant que plusieurs articles de la loi étaient obsolètes et s'opposaient à la foi islamique⁹³⁷. Il avait critiqué plusieurs juristes pour leur ignorance de la loi coranique et pour leur échec à l'interpréter. Il est vrai que les dispositions relatives aux tribunaux de Kadhis peuvent paraître floues, voire incomplètes. Si les bases furent posées dans les années qui suivirent l'indépendance, de nouvelles lois ou amendements qui, semble-t-il, auraient été nécessaires au développement de ces cours de justice, n'ont jamais été adoptés. Les conséquences concrètes en sont aujourd'hui perceptibles dans la mesure où se posent des questions relatives, d'une part, à l'étendue de la compétence des Kadhis et, d'autre part, aux règles procédurales auxquelles devraient se conformer ces magistrats.

1) Une juridiction limitée et mal définie, que les Kadhis interprètent de façons variées.

Le statut des tribunaux de Kadhis repose sur l'article 66 de la Constitution, complété par le *Kadhi's Courts Act* de 1967. Cependant, les deux textes comportent des dispositions

⁹³⁷ *Daily Nation*, 28/01/02, p. 7 : « *Review Kadhi's Act, says top Islam cleric* ».

assez vagues sur les attributions et le fonctionnement de ces institutions. La compétence des Kadhis, très limitée, ne concerne que les problèmes de mariage, de divorce et d'héritage, c'est-à-dire des questions de statut personnel. Cependant, la notion même de statut personnel n'est précisée dans aucun texte de loi, ce qui complique d'autant plus la détermination des attributions des institutions de droit musulman. Dans ce domaine, deux approches peuvent être avancées. Soit cette juridiction est considérée de façon restreinte et s'en tient alors strictement aux problèmes de mariage, de divorce et de succession. Soit, par extension, le statut personnel recouvre tous les événements qui découlent du mariage, du divorce et de l'héritage et, dans ce cas, leur compétence s'étend aux affaires de garde des enfants ou de pension alimentaire. C'est par exemple la conception de Jamal J. Nasir qui, dans son étude portant sur le droit islamique en matière de statut personnel, inclut dans ce dernier le mariage, la dot, l'entretien, la dissolution du mariage, l'*Edda*, le parentage, les droits et la garde de l'enfant, l'héritage et les *Wakfs*⁹³⁸.

Le statut et l'étendue du pouvoir des Kadhis apparaissent d'ailleurs si incertains qu'en 1997, un juge de la Haute Cour d'Eldoret avait proposé d'accorder au magistrat de droit coranique en poste dans sa ville et à celui de Bungoma les pouvoirs d'un *District Magistrate* de deuxième classe, leur donnant la possibilité de juger de poursuites criminelles⁹³⁹. Ismail A. Abdallah, en poste à Lamu, mais qui travaillait à Eldoret au moment où cette pratique avait été mise en place, a expliqué qu'il ne possédait pas de formation en droit criminel classique, mais qu'il avait appris à travers la lecture de livres de droit, ou en demandant conseil à la juge de la Haute Cour d'Eldoret⁹⁴⁰. Bien sûr, étant donné l'absence de qualification des Kadhis en la matière, une telle mesure pouvait paraître assez étrange, voire mal avisée et elle n'a pas été sans soulever certaines oppositions. Et dès l'année suivante, dans un rapport relatif à l'administration de la justice rédigé par le juge de la Haute Cour R. O. Kwach, il était recommandé de mettre un terme rapide à l'expérience, en particulier pour éviter que d'autres Kadhis ne fassent pression pour bénéficier des mêmes droits⁹⁴¹. Cette expérimentation a donc pris fin en 2003, mais elle demeure assez révélatrice de la difficulté à déterminer les frontières du domaine de juridiction des magistrats de droit musulman.

⁹³⁸ NASIR, J.J., *The Islamic Law of Personal Status*, London : Graham & Trotman, 1990.

⁹³⁹ Les deux Kadhis avaient obtenu le statut de *District Magistrates* de Seconde Classe par la *Legal Notice* n° 2096/97 et la *Legal Notice* n° 6024/97.

⁹⁴⁰ Entretien réalisé à Lamu, le 5 mars 2007.

⁹⁴¹ Republic of Kenya, *Report of the Committee on the Administration of Justice*, Presented to the Hon. Mr. Justice Z.R. Chesoni, Nairobi : The Government Printer, 1998, pp. 65-66.

D'un point de vue objectif, l'extension de la compétence des deux Kadhis à certaines affaires criminelles apparaissait contraire à la loi, parce que l'article 5 du *Kadhis' Courts Act* limite la juridiction des Kadhis aux questions purement civiles. Malgré tout, des questionnements subsistent, tenant, en particulier à la définition des matières relevant du statut personnel et à l'aptitude des Kadhis à juger de litiges relatifs à la garde des enfants issus d'un mariage dissout, ainsi qu'à la manière dont devraient être solutionnés les appels des jugements rendus par ces fonctionnaires.

a. L'étendue incertaine de la juridiction des Kadhis.

Même s'il est plus question ici de leur aire juridique de compétence, il est assez révélateur de constater que, du point de vue géographique, l'étendue du pouvoir des Kadhis n'est pas non plus très bien définie, ce qui pose parfois des problèmes. Par exemple, le 28 février 2007, lors de l'audition d'une affaire à Mombasa, une objection préliminaire a été soulevée par l'avocate du défendeur, qui a expliqué que, d'après le *Civil Procedure Act*, le magistrat en poste dans cette ville n'avait pas compétence sur ce différend, qui aurait dû être porté devant son collègue de Malindi. L'article 15 de la loi en question prévoit, en effet, que toute plainte doit être déposée auprès de la cour de justice dont dépend le lieu où réside le défendeur ou bien auprès du tribunal dans le ressort duquel l'objet de la plainte s'est produit⁹⁴². Dans ce cas précis, la poursuite concernait un problème d'héritage. Les parties vivaient toutes à Kipini, où se situaient les objets du conflit, un terrain et une maison. Enfin, le défunt dont les biens constituaient la source du différend, était décédé à Kipini, où il avait été enterré. Or, ce village est localisé dans le district de Tana River, dont le centre administratif se trouve à Malindi. Le Kadhi de Mombasa avait donc rendu un arrêt reconnaissant son incompétence pour juger de cette affaire, parce qu'elle n'entrait pas dans le ressort de sa juridiction. Si, dans ce litige, il était apparu évident au magistrat que le dossier devait être transféré à Malindi, en l'absence de disposition claire sur la question, il n'est pas toujours aisé de déterminer quel est le tribunal compétent pour les habitants de certaines localités.

⁹⁴² L'article 15 du *Civil Procedure Act* dispose : « *Subject to the limitations aforesaid, every suit shall be instituted in a court within the local limits of whose jurisdiction - (a) the defendant or each of the defendants (where there are more than one) at the time of the commencement of the suit, actually and voluntarily resides or carries on business, or personally works for gain ; or (b) any of the defendants (where there are more than one) at the time of the commencement of the suit, actually and voluntarily resides or carries on business, or personally works for gain, provided either the leave of the court is given, or the defendants who do not reside or carry on business, or personally work for gain, as aforesaid acquiesce in such institution ; or (c) the cause of action, wholly or in part, arises* ».

Les dispositions du *Kadhis' Courts Act* ne spécifient le ressort territorial de juridiction que pour huit tribunaux de Kadhis, alors qu'ils sont aujourd'hui dix-sept. Par exemple, comme l'a souligné Ahmed Sherif Al-Muhdhar, son tribunal est censé couvrir la zone de la Province de Nairobi, mais il peut se montrer plus ou moins souple. Si des plaignants viennent de Kisumu ou de Mombasa, il refuse systématiquement de les recevoir, car ces deux villes possèdent leur propre cour de justice coranique. En revanche, si un habitant de Machakos, un bourg situé à moins de cent kilomètres de la capitale, se déplace à Nairobi, il accepte de l'écouter, même si la ville se trouve dans la Province de l'Est⁹⁴³. La situation est tout aussi confuse en ce qui concerne Kilifi qui, comme il l'a été souligné précédemment, ne possède pas de juridiction kadhiale. Or, située à mi-chemin entre Mombasa et Malindi, il est difficile de déterminer vers laquelle de ces deux villes les justiciables devraient se rendre. Le problème semble d'autant plus compliqué que le paragraphe 2(a) de l'article 4 du *Kadhis' Courts Act* dispose que trois tribunaux de Kadhis devraient couvrir les district de Kwale, Mombasa, Malindi et Kilifi. Or, s'il existe aujourd'hui des cours de justice coranique dans les trois premières villes, il n'est pas précisé de quelle autre localité dépend Kilifi. À ce sujet, Sukyan Hassan Omar, en poste à Malindi, a expliqué que la limite sud de sa juridiction se situe à Kilifi, mais a avoué ne pas savoir si la ville en question est incluse dans cette zone ou dépend de Mombasa⁹⁴⁴. L'aire de compétence du Kadhi de Mombasa est d'ailleurs assez particulière puisque, comme l'a souligné Abdulhalim Hussein Athman, en poste à Kwale, son district dépend légalement de la juridiction de Mombasa, alors que la ville possède son propre juge de droit islamique. Ainsi, les habitants de Kwale peuvent présenter leurs litiges soit auprès du Kadhi de cette ville, soit auprès de celui de Mombasa⁹⁴⁵.

Les tribunaux de droit musulman se révèlent en outre une institution au statut relativement subalterne en raison de leur champ de compétence restreint. Historiquement, les Kadhis ont connu un affaiblissement progressif de leurs prérogatives, puisqu'à l'origine ils bénéficiaient en matière criminelle d'une autorité, certes limitée, mais reconnue. De même, ils étaient traditionnellement responsables des *Wakf*, dont la gestion et le contrôle sont aujourd'hui du ressort d'une institution spécialement créée à cet effet, la *Wakf Commission*. Certes, le Chief Kadhi est un membre de droit de la commission, en vertu de l'article 6 du

⁹⁴³ Entretien réalisé à Nairobi, le 27 octobre 2005.

⁹⁴⁴ Entretien réalisé à Malindi, le 30 octobre 2006.

⁹⁴⁵ Entretien réalisé à Mombasa, le 21 mai 2007.

*Wakf Commissioners Act*⁹⁴⁶, mais les différends relatifs aux biens ayant le statut de *Wakf* ne sont pas examinés par les tribunaux de Kadhis, à moins qu'ils ne soient l'objet d'une dispute successorale. Les attributions des cours de justice islamique sont, en effet, doublement limitées, d'une part selon un critère tenant à la nature des litiges, qui ne peuvent concerner que le statut personnel et, d'autre part, en fonction de la religion des parties, qui doivent toutes être de confession musulmane. Néanmoins, en ce qui concerne le premier point, dans certaines régions, les usages et les pratiques diffèrent de la norme. Il a ainsi été constaté que, dans la province du Nord-Est, le Kadhi de Garissa traitait, de manière non officielle, de certains litiges criminels, ce dont le magistrat ne s'est pas caché, confiant au contraire :

« Ici, je fais plus (...). Par exemple, cet homme a été blessé par quelqu'un d'autre et son coude est cassé, nous avons donc demandé à l'autre partie de payer dix chameaux. C'est le genre d'affaires dont je m'occupe. La plupart d'entre elles ne sont pas enregistrées mais ces personnes viennent me voir, afin que je leur donne un jugement. Ici, l'homme a été blessé à son épaule, il a un os de cassé, donc l'autre partie a dû payer cinq chameaux. Il s'agit d'affaires criminelles. Dans la plupart des affaires, ils se réconcilient, mais ils viennent au tribunal pour avoir un jugement en conformité avec la charia (...). Nous n'enregistrons pas ces affaires, mais dans la plupart des cas, ces personnes se sont déjà réconciliées. Nous leur donnons juste le jugement. Nous faisons l'évaluation et ensuite nous leur disons combien ils doivent payer. Par exemple, pour un œil, c'est cinquante chameaux, une dent c'est cinq chameaux, si un doigt est perdu, c'est dix chameaux, si un bras est coupé c'est cinquante chameaux, pour les deux bras, c'est cent chameaux. Si quelqu'un est tué, c'est cent chameaux (...). Ceci devrait faire partie de notre travail, parce que nous le faisons déjà... même si ce n'est pas reconnu dans la Constitution, ici, la communauté est musulmane à 99%, ils appliquent donc la charia islamique. Ils viennent me voir et j'appelle d'autres « elders » musulmans et nous leur donnons le jugement »⁹⁴⁷

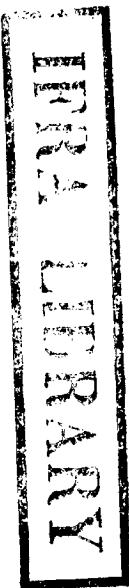
Toujours d'après Osman Shurie, les musulmans vivant à Garissa ne se rendent pas auprès des tribunaux civils, même pour leurs affaires criminelles, parce qu'ils ne font pas confiance aux cours de justice séculière. Ils préfèrent, au contraire, être jugés selon la loi islamique, avec

⁹⁴⁶ L'article 6 de cette loi énumère les huit membres de la *Wakf Commission*, à savoir, le *Provincial Commissioner* de la Province Côtière, le *Chief Kadhi*, un musulman nommé par le Ministre après avoir été proposé par le *Provincial Commissioner* pour la Côte et cinq musulmans choisis par le Ministre sur une liste de personnes soumise par le *Provincial Commissioner* pour la Côte.

⁹⁴⁷ « Here I do more (...). For instance, this man was harmed by somebody else and the elbow was broken, so we charged the other party to pay ten camels. These are some of the cases I do. Most of them are not registered but these people come to me, so I give judgments. Here, the man was hurt at the shoulder he had a broken bone, so the other had to pay five camels. These are criminal cases. In most cases, they reconcile, but they come to the court to have it judged according to the sheria (...). We do not file it, because most of the time these people have already reconciled. We just tell them. We assess and then we tell how much they have to pay. For instance, an eye is fifty camels, a tooth is five camels, a finger removed is ten camels, if an arm is omitted it is fifty camels, if both arms are cut it is a hundred camels. If somebody is killed it is a hundred camels (...). That should be part of our work, because we already do it... although officially it is not recognised in the Constitution, here practically, the community is 99% Muslim, so they apply the Islamic sheria, they come to me, so I call other elders and we give them the judgment ». Entretien réalisé à Garissa, le 20 mars 2007.

laquelle ils sont plus familiers. La charia semble d'ailleurs assez largement appliquée dans toute la province du Nord-Est, que ce soit en matière civile ou criminelle, ce que le Kadhi de Garissa a expliqué par la faible présence étatique dans la région :

« Dans les campagnes, le Gouvernement n'est pas présent. Alors, qui est-ce qui contrôle ? Les cheikhs, les anciens, eux sont les personnes qui résolvent les conflits. Parfois, il n'y a même pas de Kadhi dans les campagnes. La communauté doit donc s'asseoir et décider comment dédommager les individus (...). Par exemple, à Mandera, depuis deux ans, il n'y a pas de Kadhi. D'autres personnes doivent donc s'occuper de ces affaires (...). Et Mandera est une grande ville, dont la population est musulmane, il y a donc de très nombreux litiges. Ils auraient besoin d'un tribunal à Mandera, mais en ce moment il n'y en a pas (...). Et la charia est très importante. C'est la seule loi en laquelle nous croyons, les autres lois, la loi séculière, sont incomplètes, nous n'y croyons pas au sein de la communauté musulmane »⁹⁴⁸



Ainsi, Osman Shurie a confié remplir ce genre de missions les samedis et les dimanches, le plus souvent à la mosquée et non à son bureau, en raison du caractère non-officiel de ce travail. Il a aussi reconnu parfois traiter ce type de litiges, qui impliquent la présence des anciens, donc beaucoup de monde, à l'extérieur du tribunal, le plus souvent à l'ombre d'un arbre selon le modèle de la palabre⁹⁴⁹. Toujours en raison du caractère non-officiel de ces règlements, il n'existe pas de dossiers de plaintes ou de statistiques sur le nombre de cas réglés par le juge, ce dernier conservant simplement quelques notes dans un petit carnet. Ces propos ont été confirmés par Mohammed N. Kullow, avocat de profession, qui a expliqué que très peu de litiges criminels étaient portés auprès du *Magistrate's Court* et que la plupart d'entre eux étaient réglés en dehors du système judiciaire, selon le modèle de justice islamique ou traditionnel⁹⁵⁰. La pratique a aussi été certifiée par d'autres Kadhis, soit des magistrats ayant été en poste dans la région, soit des juges d'ethnie somalie. Mshali Hamisi Mshali, en poste à Nakuru, mais qui avait auparavant exercé à Garissa, a ainsi reconnu :

« Bien sûr, il m'arrivait d'avoir ce genre de problèmes, mais je ne les traitais jamais parce que les affaires criminelles ne font pas partie de notre juridiction. Par exemple, si une épouse et son mari se disputent et que l'homme bat sa femme et la blesse, alors

⁹⁴⁸ « *In the countryside, even the Government is not very present. So, who is controlling ? The Sheikhs, the elders, these are the people to handle the conflicts. Even, there is no Kadhi in the countryside. So, the community has to sit down and decide how to compensate the people (...). For instance, in Mandera, for the last two years, there has been no Kadhi. So, other people have to handle these cases (...). And Mandera is a very big town and the population is Muslim, so there are many cases. They would need a court in Mandera, but at the moment there is not (...). And sheria is very important. It is the only law we believe in, the other laws, secular laws, are incomplete, we do not believe in it in the Muslim community* ». Entretien réalisé à Garissa, le 20 mars 2007.

⁹⁴⁹ « *We can do it here, if they come here. But this kind of case would involve so many people, because the elders have to come to sit (...), so usually I do not handle it here. We usually do it outside, under the shade of a tree* ». Propos recueillis à Garissa, le 30 mars 2007.

⁹⁵⁰ Propos tenus à Garissa, le 21 mars 2007.

dans leur culture, le responsable doit sacrifier un mouton ou une chèvre. C'est leur culture, mais je ne l'ai jamais appliquée, parce que je ne connais pas leurs traditions. Ils avaient l'habitude de présenter ce genre de questions, mais je ne m'en occupais pas, parce qu'elles sont en dehors de mes attributions (...). Cela arrive, même ici [Nakuru], parce que la plupart des personnes dont je m'occupe sont des Couchites, des personnes qui viennent de Garissa, de Wajir. Environ 80% des cas qui se présentent devant moi proviennent de ces personnes, qui ont décidé de vivre à Nakuru. Il y a un fort pourcentage de Somali ici »⁹⁵¹

De même, Rashid Ali Omar, le Kadhi de Kisumu, originaire de la province du Nord-Est a admis l'application du droit criminel par certains de ses collègues dans cette région :

« Par exemple, dans le Nord-Est, si quelqu'un est blessé par une autre personne, ils ne vont pas dans les autres tribunaux, ils se rendent auprès du Kadhi et lui demandent quelle est la compensation pour cela et ensuite le Kadhi détermine pour eux. Ainsi, pour certaines affaires criminelles, dans le North-Eastern, les individus se rendent auprès du Kadhi. C'est pourquoi, si vous vous rendez dans cette région, vous constaterez que le tribunal du Kadhi est plein et que les autres tribunaux sont en quelque sorte vides »⁹⁵²

Il est donc évident que la pratique dépend avant tout de l'appréciation de chaque magistrat et que les usages varient en fonction des juges, des localités et des caractéristiques des justiciables. Il semble, en effet, que c'est uniquement dans la région à dominante somalie que ce genre de pratiques se retrouve, puisqu'il n'a été rapportée dans aucune autre localité. Ces observations confirment donc l'écart, ici flagrant, entre les normes abstraites et les comportements des magistrats, lorsque ces derniers sont confrontés à des habitudes ou à des représentations qui ne sont pas toujours en adéquation avec les règles légales. Ainsi, les usages ne sont pas le seul produit de l'obéissance à des règles codifiées, mais aussi et surtout de l'habitus et de ses automatismes, pour reprendre les termes de l'analyse de Pierre Bourdieu⁹⁵³. En effet, les normes sociales édictées dans une société ne correspondent pas

⁹⁵¹ « Of course, yes, I did have this kind of problem but I never used to handle them, because criminality is beyond our jurisdiction. For example, if a wife and a husband quarrel and it happens that he husband beats his wife, and he injures her, then it is their culture that a person slaughter a sheep or a goat. That is theirs but I never used to entertain it, because I was not vested into their knowledge. They used to bring these issues, but I never used to receive them, because they are beyond my prescription (...). It happens even here, because most of the people I handle here are still the Cushites, the people from Garissa, from Wajir. Eighty percent of the cases before me are from these people, who have decided to live in Nakuru. There is a high percentage of Somalis here ». Propos tenus à Nakuru, le 25 avril 2007.

⁹⁵² « For instance in North-Eastern, if someone is injured by another one, they do not go to the other courts, they go to the Kadhi and ask him what is the compensation for this and then the Kadhi determines for them. So, for some criminal issues, in North-Eastern, people go to the Kadhi. That is why, if you go to North-Eastern, you will find that the Kadhi's Court is full and the other courts are somehow empty ». Entretien avec Rashid Ali Omar, Kadhi de Kisumu. Kisumu, le 20 mars 2006.

⁹⁵³ BOURDIEU, P., 1972, *op. cit.*

toujours aux pratiques des agents, parce que ces règles ne font pas toujours sens aux yeux de ces acteurs, qui ne s'y réfèrent pas de manière automatique dans leurs comportements⁹⁵⁴.

Le second point, la limitation de la compétence des cours de justice islamique aux affaires entre des parties musulmanes, semble assez logique. Il serait, en effet, difficile, voire discriminatoire, d'appliquer le droit coranique à des non musulmans. Pourtant, une telle disposition pose parfois problème à propos du pouvoir des Kadhis dans le cas de conversions ou de renonciations à l'islam. Douglas Randu, clerc à Malindi, a par exemple rapporté une affaire dans laquelle un couple de religion islamique avait déposé plainte et dont la femme s'était convertie au christianisme quelques temps après l'ouverture du procès. Cette dernière avait alors dénoncé la compétence du Kadhi, qui avait rejeté cet argument. Il s'était justifié en expliquant que, lorsque l'accusation avait été formulée, les parties étaient toutes les deux musulmanes et qu'à ce moment-là, il était donc compétent. À l'opposé, Douglas Randu a cité le cas d'un couple dont le mari, musulman, avait épousé une femme qui s'est convertie à l'islam puis, au décès de son époux, a rejoint le christianisme. Les membres de la famille du défunt, qui étaient Arabes, avaient rejeté la veuve parce qu'elle était africaine et cette dernière, afin d'obtenir sa part d'héritage, avait demandé l'assistance du Kadhi, qui avait refusé car elle n'était plus musulmane⁹⁵⁵. L'opinion du Kadhi de Malindi est donc que, dès lors que les parties professent l'islam au moment où la plainte est déposée, sa compétence ne peut pas faire l'objet du moindre doute, alors qu'une affaire impliquant un musulman converti au christianisme au moment où le différend survient n'est plus de son ressort. Le Chief Kadhi a également souligné ce type de difficultés, expliquant qu'à son tribunal, à deux reprises, des individus avaient renié être musulmans car ils estimaient qu'ils perdraient leur procès si le droit coranique s'appliquait⁹⁵⁶. Pour faire face à ce genre de problème, le Chief Kadhi a suggéré que, dans tous les cas, c'est la nature du mariage qui devrait être appréciée. Dans l'hypothèse d'une union de droit musulman, même si l'une des parties renonce ensuite à l'islam, il serait préférable et plus logique que l'union en question soit dissoute selon les règles coraniques⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴ OCQUETEAU, F et SOUBIRAN-PAILLET, F., 1996, *op. cit.*

⁹⁵⁵ Ces deux affaires ont été rapportées par Douglas Randu, lors d'un entretien réalisé à Malindi, le 11 décembre 2006.

⁹⁵⁶ Entretien réalisé à Mombasa, le 15 décembre 2005.

⁹⁵⁷ Entretien réalisé à Mombasa, le 15 décembre 2005.

La question pourrait paraître anodine ou anecdotique, pourtant elle a fait l'objet d'un arrêt en appel auprès de la Haute Cour de Mombasa en avril 2004, par lequel un juge a annulé une décision du Kadhi de la même ville, au motif que les parties en conflit étaient de confessions différentes. Le litige portait sur un héritage et, dans son verdict, Sheikh Twalib Bwana avait autorisé Madame Khadija Omar à expulser Veronica Kavata et Saida Mohamed, de la propriété de feu Exray Mohamed Mathitu. L'affaire avait été portée devant la Haute Cour par l'avocat des deux femmes évincées, qui affirmait que ses clientes étaient chrétiennes et que le Kadhi n'aurait pas dû se prononcer sur le différend. Le juge d'appel a approuvé un tel point de vue, cassant la décision du juge musulman⁹⁵⁸. Le magistrat de Lamu a mentionné une affaire assez similaire, survenue alors qu'il était en poste à Eldoret. Une femme convertie à l'islam avait épousé un musulman, avait eu des enfants puis, quelques années plus tard, avait renoncé à l'islam, ce qui avait décidé son mari à la répudier. La question de la garde des enfants avait alors été portée devant le Kadhi, mais la femme avait affirmé que ce dernier n'était pas compétent, car elle n'était plus musulmane. Le Kadhi avait rejeté ce point de vue, expliquant que la femme professait l'islam au moment où les enfants avaient été conçus et qu'en conséquence, il avait pouvoir pour juger ce litige⁹⁵⁹. Dans un domaine assez proche, un autre problème peut affecter les unions entre musulmans et non musulmans. Selon le droit coranique, un homme de confession islamique peut épouser une femme chrétienne ou juive. Mais dans ce cas, l'aptitude des Kadhis à délivrer un certificat de mariage peut être discutée, puisque, auprès de leurs tribunaux, les parties en présence doivent toutes être musulmanes. Le dilemme s'est posé le 12 février 2007, à Kisumu. Quatre hommes se sont présentés auprès du Kadhi, accompagnés de deux femmes. L'un des hommes était déjà marié à l'une d'entre elles et souhaitait épouser la seconde, de religion chrétienne, mais prête à se convertir. Le Kadhi a validé le mariage et a ensuite expliqué qu'il pouvait le faire en vertu de la loi islamique. Selon sa logique, il fallait distinguer la célébration des unions matrimoniales des affaires relatives au mariage, les secondes seulement ne devant concerner que des parties de religion islamique⁹⁶⁰.

Toutefois, même dans ce cas, la juridiction des Kadhis demeure limitée par la loi, qui ne leur confère pas une compétence exclusive sur les litiges entre musulmans. Ces derniers ont toujours la possibilité de recourir aux institutions de droit commun, en particulier à la Haute Cour, pour tout ce qui concerne leurs problèmes matrimoniaux. Le *Kadhi's Courts Act*

⁹⁵⁸ *Daily Nation*, 08/04/04, « *Kadhi court ruling put aside* ».

⁹⁵⁹ Entretien réalisé à Lamu, le 5 mars 2007.

⁹⁶⁰ Propos recueillis à Kisumu, le 12 février 2007.

précise, en effet, dans son article 5, que la Haute Cour et tous les tribunaux subordonnés ne sont pas exclus de l'exercice de la justice sur les problèmes de statut personnel des musulmans. Ceci a d'ailleurs fait l'objet d'un arrêt du juge K. H. Rawal de la Haute Cour de Nairobi, dans l'affaire de divorce 175/2001. Dans sa décision, rendue le 21 novembre 2002, le juge a clairement expliqué que :

« (...) L'autre question était de savoir si c'est seulement le tribunal de Kadhi qui peut juger des différends lorsque les parties ont contracté un mariage de droit islamique. L'article 60 de la Constitution accorde sans réserve une juridiction illimitée à la Haute Cour pour les affaires civiles et criminelles (...). Le Parlement a voté le *Kadhi's Courts Act* (Cap. 11), dont l'article 5 dispose comme suit : 'Un tribunal de Kadhi pourra avoir et exercer la juridiction suivante, à savoir la détermination de questions de droit musulman en ce qui concerne le statut personnel, le mariage, le divorce ou l'héritage, dans les affaires où toutes les parties professent la religion islamique ; mais rien dans cet article ne pourra limiter la juridiction de la Haute Cour ou de tout tribunal subordonné dans n'importe quelle affaire portée devant eux'. Clairement, l'article ne limite pas la juridiction de la Haute Cour aux questions qui sont portées devant elle et il n'exclut pas de sa compétence les affaires ainsi présentées devant elle (...). Ce tribunal a juridiction pour entendre cette affaire et je rejette en conséquent les objections soulevées »⁹⁶¹

Un différend assez similaire a été tranché par le juge de la Haute Cour de Nairobi, Alnashir Visram, en 1996. Il s'agissait alors d'une question de succession, dans laquelle l'une des parties demandait que le litige soit transmis de la Haute Cour au tribunal de Kadhi, ce dernier ayant, au dire du plaignant, juridiction exclusive pour déterminer les affaires d'héritage entre parties de confession musulmane, en vertu de la disposition excluant ces dernières de l'application du *Law of Succession Act*. Toutefois, dans son arrêt, rendu le 22 juin 2000, le juge a refusé cette interprétation, au motif que :

« Le *Law of Succession Act* prévoit de manière évidente que les questions de succession concernant les biens de musulmans pourront être traitées par les tribunaux de Kadhis (...). Cependant, la question ne s'arrête pas ici, dans la mesure où la Haute Cour et les tribunaux de Kadhis pourront avoir une juridiction de première instance concurrente lorsque le défunt meurt comme musulman. L'article 60 de la Constitution

⁹⁶¹ « *The other issue was that it is only the Kadhi's court which can deal with the matters when the parties have contracted a marriage under Islamic Law. Section 60 of the Constitution unreservedly grants unlimited jurisdiction to the High Court in Civil and Criminal matters (...). The Parliament has enacted the Kadhi's Courts Act (Cap. 11) section 5 thereof stipulates as under : 'A Kadhi's court shall have and exercise the following jurisdiction, namely the determination of questions of Muslim law relating to personal status, marriage, divorce or inheritance in proceedings in which all the parties profess the Muslim religion ; but nothing in this section shall limit the jurisdiction of the High Court or of any other subordinate court in any proceeding which comes before it'. Clearly the section does not limit the Jurisdiction of the High Court in the matters before it and definitely does not exclude its jurisdiction to hear the matters so brought before it (...). This court has jurisdiction to hear this matter and I thus reject the objections raised* ». Voir le détail du jugement dans l'annexe 15.

donne à la Haute Cour 'une juridiction de première instance illimitée sur les questions civiles et criminelles et toute autre juridiction ou pouvoirs ainsi que conférés par la Constitution ou par toute autre loi' (...). Il est notable que les tribunaux de Kadhis ne furent pas dotés d'une compétence exclusive sur le mariage, le divorce ou l'héritage concernant des musulmans. Est-ce que l'héritage est une affaire civile ? S'il en est ainsi, alors la Haute Cour possède, d'après notre Constitution, une juridiction de première instance illimitée, quelle que soit la religion du défunt (...). Les questions de succession sont des affaires civiles. En conséquence, ce tribunal possède une compétence de première instance illimitée sur les disputes en matière de succession. Une telle compétence n'est pas affectée par la juridiction de première instance concurrente du tribunal de Kadhi. Il en résulte que les héritiers et bénéficiaires potentiels d'un défunt musulman peuvent choisir d'entamer leurs poursuites soit auprès du tribunal de Kadhi, soit auprès de la Haute Cour »⁹⁶²

En matière civile, le *Judicature Act* dispose que tous les tribunaux subordonnés doivent être guidés par les lois coutumières africaines, dans les situations où l'une ou plusieurs des parties y sont sujettes. Mais les tribunaux peuvent toujours choisir de ne pas appliquer ce droit si le magistrat l'estime obsolète. Il n'existe pas de telle disposition en ce qui concerne la loi islamique, en revanche, lorsque deux musulmans décident de porter leur différend devant un tribunal de droit commun, le magistrat peut décider, s'il considère que son tribunal n'est pas le plus approprié, de renvoyer les parties auprès du Kadhi. De plus, si deux musulmans se présentent auprès de la Haute Cour pour un différend matrimonial ou de succession, il semble que le juge ait la possibilité de se référer au droit islamique. Par exemple, dans l'affaire *Chelanga vs Juma*, jugée le 24 mai 2002 par le juge J. Etyang de la Haute Cour de Nairobi, celui-ci a invoqué plusieurs points du droit islamique des successions, refusant par exemple qu'une catholique puisse jouir de l'héritage de son défunt père musulman, ainsi que cela est prévu par la loi coranique⁹⁶³. Dans les faits, il reste toutefois rare que des musulmans portent leurs différends matrimoniaux auprès de la division familiale de la Haute Cour. Il n'existe pas de statistiques à ce sujet, mais une évaluation en fonction des noms à consonance islamique dans les registres de ce département, à Nairobi, révèle que,

⁹⁶² « The LSA obviously intends that succession issues in relation to the estates of Muslims should be handled by the Kadhi's courts (...). However, the matter does not end there for it may be that the High Court and the Kadhi's court have concurrent original jurisdiction where the deceased dies a Muslim (...). Section 60 of the Constitution grants the High Court 'unlimited original jurisdiction in civil and criminal matters and such other jurisdiction and powers as may be conferred by this Constitution or any other law' (...). It is notable that the Kadhi's courts were not granted exclusive jurisdiction over marriage, divorce or inheritance in relation to Muslims. Is succession a civil matter ? If so, then the High Court has unlimited original jurisdiction irrespective of the religion of the deceased according to our Constitution (...). Succession issues are civil matters. Hence, this court has unlimited original jurisdiction over succession disputes. Such jurisdiction is unaffected by the concurrent original jurisdiction of the Kadhi's court. The effect is that potential heirs and beneficiaries of a deceased Muslim may choose to either start their proceedings in the Kadhi's court or the High Court ». Republic of Kenya, In the High Court of Kenya at Nairobi. Probate and Administration Cause No. 1831 of 1996. In the matter of the estate of Hemed Abdulla Kaniki. Voir l'annexe 15 pour le détail.

⁹⁶³ *Chelanga vs Juma*, *Kenya Law Reports*, 2002, pp. 339-361. Voir l'annexe 15 pour le détail de l'affaire.

entre 2001 et 2005, moins de vingt affaires de divorce auraient concerné des musulmanes, sur un total de plus de neuf cent trente cas de rupture d'union matrimoniale⁹⁶⁴. La grande majorité des litiges relatifs au statut personnel des musulmans sont donc jugés par les magistrats de droit islamique. Pourtant, même dans ce domaine, la juriste Gladys Boss Shollei a estimé que, progressivement, la compétence des Kadhis irait en diminuant, en raison de la création d'autres institutions, ayant la charge spécifique de certains problèmes pouvant être examinés par les juges musulmans⁹⁶⁵. Il est vrai que, d'après le *Kadhis' Courts Act*, seule la juridiction des Kadhis en matière de mariage, de divorce et d'héritage au sens strict ne peut faire l'objet du moindre doute. Pourtant, il n'est pas certain que leur compétence ne s'étende pas à d'autres questions connexes, en particulier celles tenant à la garde et à la tutelle des enfants, même si des tribunaux pour enfants, responsables des problèmes relatifs aux mineurs ont été récemment introduits au Kenya.

b. La juridiction incertaine des Kadhis au sujet des affaires concernant les enfants.

Dans certains pays, comme en Israël, les tribunaux de Kadhis ont une juridiction claire et reconnue à propos des questions de garde des enfants, lorsque les deux parties sont de confession islamique⁹⁶⁶. En revanche, au Kenya, où la législation est floue en la matière, la compétence des Kadhis fait l'objet d'interprétations variées.

- Le problème théorique : les tribunaux pour enfants ont-ils compétence exclusive pour déterminer la garde des mineurs ?

La juridiction des tribunaux de Kadhis n'étant pas très bien définie en ce qui concerne le domaine du statut personnel, certains problèmes surgissent à propos des différends relatifs à la garde des enfants, ou plus généralement de toutes les questions qui impliquent des mineurs. Par exemple, dans le cas de l'appel civil 125/2000, auprès de la Haute Cour de Meru, il s'agissait de savoir si les Kadhis sont en mesure de déterminer la paternité d'un enfant⁹⁶⁷. Le recours portait sur un jugement rendu par le Kadhi de Wajir (*Kadhi's Court Case 18/1994*) et dans lequel le magistrat avait accordé la tutelle d'un enfant à son père, après avoir déclaré que

⁹⁶⁴ Données recueillies personnellement auprès du Registre de la Division Familiale de la Haute Cour de Nairobi.

⁹⁶⁵ Entretien réalisé à Nairobi, le 7 juin 2006.

⁹⁶⁶ Voir à ce sujet : RAMADAN, M.A., « Judicial Activism of the Shari'ah Appeals Court in Israel (1994-2001) : Rise and Crisis », *Fordham International Law Journal*, Vol. 27, n°1, décembre 2003, pp. 266-267.

⁹⁶⁷ L'affaire figure dans l'annexe 14.

ce dernier était le père biologique, sans toutefois en avoir de preuve scientifique. Dans sa décision, le juge de la Haute Cour, Isaac Lenaola, avait expliqué que, d'après lui, la détermination de la paternité d'un mineur ne relevait pas du statut personnel et était, par conséquent, exclue de la juridiction des Kadhis. C'est pourquoi il avait autorisé l'appel et avait suspendu le verdict rendu par le Kadhi de Wajir. Il est cependant rare que les magistrats de droit musulman aient à se prononcer pour déterminer la paternité d'un enfant et, à fortiori, que ce type de question fasse l'objet d'un recours. En revanche, de nombreuses plaintes portent sur l'octroi de la garde des mineurs, un thème pour lequel la compétence des Kadhis semble de plus en plus contestée. La complexité de la situation résulte du vote du *Children Act* en 2001, une loi qui a créé des tribunaux pour enfants (*Children's Courts*)⁹⁶⁸. Bien que d'application récente, ce texte peut contribuer à marginaliser les tribunaux de Kadhis, puisque les litiges concernant la tutelle des mineurs ne devraient plus, si le *Children Act* était interprété de manière stricte, être présentés devant les juges islamiques. Les avis sont partagés sur le sujet et, même avant le vote de cette loi, la compétence des Kadhis pour déterminer la garde des enfants n'était pas toujours reconnue. Déjà en 1927, dans l'affaire Mbaruk bin Diwansap contre Hamisi bin Jumbe, le juge avait affirmé que, dans un différend opposant deux musulmans au sujet de la tutelle de leur progéniture, le droit islamique devrait s'appliquer et que, les Kadhis étant les seuls à pouvoir arbitrer selon cette loi, leur juridiction en la matière ne pouvait être contestée. Pourtant, quelques années plus tard, dans l'affaire Mohammed Hassan contre Nana Binti Mzee, portée devant la Cour d'Appel de l'Afrique de l'Est, un autre magistrat avait conclu :

« Les questions de garde des enfants sont partie du droit commun anglais, ont toujours été résolues par les tribunaux anglais et, en conséquence, ressortent de la juridiction de ces institutions. Selon notre opinion, le droit de déterminer cette question en respect des principes du droit commun anglais n'a pas été supplanté par l'ordonnance mentionnée (c'est-à-dire le *Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Ordinance*) »⁹⁶⁹

⁹⁶⁸ Le *Children's Act* a été voté en 2001, pour que le Kenya soit en mesure de respecter ses engagements pris dans le cadre de l'adoption de la Convention sur les Droits de l'Enfant et la Charte Africaine des Droits de l'Enfants. Il existait auparavant une législation sur les droits de l'enfants, héritée de l'époque coloniale, donc inadaptée car elle était plus destinée aux colons qu'aux Kenyans. Informations recueillies lors d'un entretien avec Gladys Boss Shollei, Nairobi, le 7 juin 2006.

⁹⁶⁹ « *Questions of guardianship are part of the common law of England and have always been determined by English courts and accordingly form part of the jurisdiction of the courts here. In our opinion the right to determine this question in accordance with the principles of the common law of England has not been ousted by the ordinance referred to (i.e. the Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Ordinance)* ». East African Court of Appeal, 1943.

Autrement dit, le juge affirmait ici que, malgré l'existence d'une législation propre aux musulmans, la détermination de la tutelle de leurs enfants relevait de la compétence des tribunaux ordinaires. De plus, en 1959, le Parlement vota une loi spécifique en la matière, le *Guardianship of Infants Act* suivie, un an plus tard, d'une décision de la Cour d'Appel pour l'Afrique de l'Est estimant que ce texte de loi devrait s'appliquer dans toutes les affaires relatives à la garde des mineurs, même dans les cas où les parties professaient l'islam⁹⁷⁰. En outre, en 1979, dans un jugement de la Cour d'Appel de Nairobi (*Civil Appeal 11/1979*)⁹⁷¹ relatif à un différend portant sur la tutelle d'un enfant musulman, le juge J.A. Madan avait soutenu que, d'après l'article 17 du *Guardianship of Infants Act*, la considération première et souveraine dans la détermination de la garde d'un mineur devait être le bien-être de celui-ci, même si le tribunal se trouvait confronté à des contradictions entre le droit islamique et les dispositions du *Guardianship of Infants Act*, dans le cas où les parties étaient musulmanes. Le juge avait précisé que, quelle que soit la religion des plaideurs, seul l'intérêt de l'enfant devrait être apprécié et, dans ce cas précis, que les droits de chacun des parents selon la loi islamique n'avaient aucune importance⁹⁷². Dans sa décision, le juge avait accordé la garde du jeune à sa mère, ainsi que prévu par la loi coranique, toutefois, il s'était justifié par le fait que, l'enfant étant en bas âge, il serait mieux auprès de sa mère.

Si ce genre d'affaires demeure assez rare, la juridiction des Kadhis a été sensiblement affectée par la création de postes d'officiers en charge des questions relatives aux mineurs. Il existe, depuis plusieurs années, des *Children's Officers*, qui peuvent assister des personnes rencontrant des difficultés au sujet de leur progéniture. Cependant, ce ne sont pas des juges mais des conseillers. Or, depuis le vote du *Children Act*, des tribunaux spéciaux, présidés par des magistrats désignés à cette fin, sont supposés prendre en charge toutes les affaires qui concernent les enfants. Le problème est donc de savoir si ces *Children's Courts* ont compétence exclusive en la matière ou si les autres tribunaux qui, avant leur création, se chargeaient aussi de régler des litiges impliquant des mineurs, sont toujours en droit de le faire. Ensuite, si la compétence des tribunaux de Kadhi est reconnue, il reste à déterminer si et comment les individus peuvent décider devant quelle cour porter leur action et dans quelle

⁹⁷⁰ *East African Court of Appeal*, 1960.

⁹⁷¹ Le jugement figure dans l'annexe 15.

⁹⁷² L'article 17 du *Guardianship of Infants Act* disposait, en effet : « *Where in any proceeding before any court the custody of upbringing of an infant... is in question, the court, in deciding the question, shall regard the welfare of the infant as the first and paramount consideration whether from any other point of view the claim of the father, or any right at common law possessed by the father, in respect of such custody, upbringing... is superior to that of the mother, or the claim of the mother is superior to that of the father* ».

mesure le jugement peut varier en fonction du tribunal choisi, puisque les deux institutions reposent sur des droits et des valeurs différents. Selon l'avocat Emmanuel Wetang'ula, rencontré à Nairobi, le *Children Act* a priorité sur toutes les lois votées antérieurement et donc sur le *Kadhi's Courts Act*. Le *Children Act* lui-même précise d'ailleurs qu'il abroge toutes les lois relatives aux enfants et précédemment en vigueur -*Adoption Act, Children and Young Persons Act* ou *Guardianship of Infants Act*-⁹⁷³. Toujours d'après Emmanuel Wetang'ula, le *Children Act* constitue désormais la seule et unique loi s'appliquant aux questions relatives aux enfants et, par conséquent, aucune autre institution ne devrait traiter ces affaires⁹⁷⁴. Pourtant, Gladys Boss Shollei, une autre juriste spécialiste du droit des mineurs, a affirmé que, de son point de vue, le *Children Act* ne comportait aucune clause interdisant aux autres tribunaux de juger d'affaires concernant des enfants. Selon elle, les Kadhis peuvent tout à fait juger des litiges en la matière, en se limitant si possible aux affaires les moins complexes⁹⁷⁵.

De façon objective d'ailleurs, si les Kadhis perdent le pouvoir de se prononcer sur la garde des enfants après un divorce, ceci rallonge la procédure et alourdit les coûts, puisque les plaideurs doivent ester auprès du tribunal pour enfants après la dissolution de leur union matrimoniale par le Kadhi. Or, dans la plupart des situations, lorsque des femmes demandent au Kadhi de prononcer un divorce, elles revendiquent aussi la garde de leurs enfants et ôter ce pouvoir au Kadhi représenterait une charge supplémentaire, non seulement pour les justiciables, mais également pour les tribunaux. Dans tous les cas, il semble difficile d'approuver l'interprétation selon laquelle seules les *Children's Courts* auraient mandat pour juger des litiges impliquant des mineurs, puisque la Haute Cour demeure compétente en la matière en vertu de l'article 60 de la Constitution, mentionné précédemment. Alnashir Visram, juge à la Haute Cour de Nairobi, a d'ailleurs invoqué cette disposition pour tenter de fournir une analyse objective du problème. D'après lui, dans toute affaire, la véritable question consiste à déterminer quel est le tribunal compétent pour quel type de litige. Donnant son avis sur le sujet, il a par exemple jugé d'un appel portant sur la concurrence entre le tribunal de Kadhi et la Haute Cour, dans le cadre d'une instance où les deux parties professaient l'islam. Dans cette affaire, l'un des deux plaideurs souhaitait que le litige soit jugé par le Kadhi, au motif que, d'après lui, la Haute Cour n'avait pas autorité pour les

⁹⁷³ L'article 200 (1) du *Children Act* dispose : « *The laws specified in the Sixth Schedule are repealed* », ce dernier mentionnant trois lois, le *Children and Young Persons Act* (Chapitre 141 des lois du Kenya), le *Adoption Act* (Chapitre 143) et le *Guardianship of Infants Act* (Chapitre 144).

⁹⁷⁴ Entretien réalisé à Nairobi, le 19 juin 2006.

⁹⁷⁵ Entretien réalisé à Nairobi, le 7 juin 2006.

questions musulmanes, alors que l'autre voulait qu'il soit examiné par la Haute Cour. Le juge a réfuté l'argument de la première partie, expliquant que les deux tribunaux possédaient une juridiction parallèle, que la compétence de la Haute Cour ne pouvait en aucun cas être remise en cause par un autre tribunal et que les justiciables musulmans pouvaient choisir l'institution devant laquelle ils préféreraient porter leur action. Selon Alnashir Visram, de la même manière, les musulmans peuvent se rendre devant les tribunaux pour enfants ou les tribunaux de Kadhi selon leur choix, tant que les deux ont pouvoir en la matière⁹⁷⁶. L'avocat chrétien Jalson Nyaega Makori a aussi estimé que les Kadhis demeurent entièrement responsables des questions de garde des enfants :

« Si vous êtes un musulman et que vous avez le sentiment que votre intérêt ne sera pas bien défendu auprès du tribunal pour enfants, vous pouvez porter la question auprès du tribunal de Kadhi, parce qu'au tribunal de Kadhi, il y a le Kadhi qui est un musulman et qui comprend mieux cette religion et la manière dont les enfants doivent être traités en ce qui concerne les questions de tutelle »⁹⁷⁷

Pourtant, de nombreux avocats contestent la compétence des Kadhis dans ce domaine. D'après Ahmednassir M. Abdullahi, la juridiction des tribunaux de Kadhis ne s'étend pas à la garde des mineurs, parce que la Constitution limite strictement leur pouvoir au mariage, au divorce et à l'héritage, alors qu'elle ne mentionne pas les affaires de tutelle⁹⁷⁸. Selon un avis plus modéré, Attiya Waris, chargée d'enseignement en droit islamique à l'Université de Nairobi, estime qu'avant le vote du *Children Act*, des avocats musulmans auraient expliqué aux Kadhis qu'ils devraient laisser les litiges relatifs aux enfants à la compétence des *Children's Courts*⁹⁷⁹. Mais en raison du caractère encore récent du *Children Act*, aucune décision de justice n'a solutionné ce problème. Cependant, le 18 novembre 2005, D.K. Maraga, un juge de la Haute Cour de Mombasa, a rendu un arrêt dans le cadre de l'affaire civile 903/2005 contre le Kadhi de la même ville et dans lequel il a affirmé en tout premier lieu que :

⁹⁷⁶ Entretien réalisé à Nairobi, le 4 mai 2006.

⁹⁷⁷ « *If you are a Muslim and you feel like your interest will not be served properly in the Children's Court, you can take the matter in the Kadhi's Court, because in the Kadhi's Court, there is the Kadhi, who is a Muslim and so he understands more of that religion and how the children have to be treated when it comes to custody* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 25 mai 2006.

⁹⁷⁸ Entretien réalisé à Nairobi, le 26 juin 2006.

⁹⁷⁹ Entretien réalisé à Nairobi, le 10 août 2006.

« Il est présumé que le tribunal de Kadhi n'a aucune juridiction pour traiter de la garde des enfants. Cette juridiction, il est soutenu, relève des tribunaux pour enfants. Ceci est un point discutable »⁹⁸⁰

Ici, il semble que le juge a refusé de reconnaître explicitement la compétence des Kadhis sur les questions de garde des enfants, mais il ne l'a pas non plus niée. Il est vrai que, dans le *Children Act*, aucun article ne précise que les tribunaux pour enfants auraient une compétence exclusive en la matière, même s'il pourrait paraître logique que ces cours de justice aient été créées spécialement à cette fin. La solution, comme l'a souligné Ahmed Issack Hassan, serait que les Kadhis soient enregistrés comme magistrats pouvant officier dans un tribunal pour enfants, afin que leur compétence ne puisse pas faire l'objet du moindre doute⁹⁸¹. Mais ceci soulèverait un autre problème puisque les Kadhis auraient alors le devoir d'appliquer le *Children Act* et non plus la loi islamique. Ainsi, la situation actuelle paraît assez compliquée et il est certain que, en l'absence d'une décision claire et précise sur la question, des difficultés surgiront, d'autant que certains Kadhis prononcent assez régulièrement des jugements en la matière.

- Une interprétation extensive de la notion de statut personnel par les Kadhis.

De façon générale, en droit islamique, tout ce qui se rapporte à la garde des enfants relève du droit de la famille⁹⁸², ce qui explique pourquoi les Kadhis s'estiment le plus souvent compétents. Le magistrat de Kisumu a par exemple précisé que, même si le *Children Act* prévoit que tous les litiges concernant des enfants doivent être jugés auprès de tribunaux spéciaux, dans le même temps, une partie du droit islamique en matière de divorce traite explicitement de la tutelle des mineurs⁹⁸³. Il a encore affirmé que ces problèmes relèvent de la compétence des Kadhis puisqu'ils résultent d'un divorce. Sur ce point, lors d'une séance publique au tribunal de Mombasa, le 19 janvier 2006, deux avocats se sont opposés sur la légitimité du Kadhi pour ce genre de différend. Le procès entamé le 29 novembre 2004, opposait Fuad Rubeya Salim, le plaignant, à Esta Omar Athman, la répondante. Les parties, divorcées, avaient cinq enfants et chacune d'entre elles était représentée par un avocat. Le mari avait répudié son épouse au motif que celle-ci ne le respectait pas, se montrait hostile à

⁹⁸⁰ « It is alleged that Kadhi court has no jurisdiction to deal with custody of children. That jurisdiction, it is contended, is vested in the Children's Court. That is a moot point ». Voir l'annexe 15 pour le détail.

⁹⁸¹ Entretien réalisé à Nairobi, le 8 février 2006.

⁹⁸² MILLIOT, L. et BLANC, F.-P., 1987, *op. cit.* ; NASIR, J. J., 1990, *op. cit.* ; SCHACHT, J., *Introduction au droit musulman*, Paris : Maisonneuve et Larose, 1999.

⁹⁸³ Entretien réalisé à Kisumu, le 20 mars 2006.

son égard et refusait de le laisser accéder au lit conjugal. Dans sa plainte, il demandait entre autres la garde de tous les enfants, que son ex-épouse avait également sollicitée dans sa défense, en précisant que tous étaient mineurs et avaient par conséquent besoin de l'affection de leur mère. Celle-ci avait d'ailleurs déposé une requête en ce sens auprès du tribunal pour enfants de Mombasa, dans le cadre de l'affaire No. 97/2005. Lors de l'audition du 19 janvier, l'avocate de la prévenue, Mme Teresa Omondi, a opposé une objection préliminaire, affirmant que la plainte qui avait été portée devant le Kadhi concernait des personnes mineures et que, les tribunaux de droit musulman n'ayant pas été enregistrés comme *Children's Courts*, le Kadhi aurait dû transférer le litige au tribunal pour enfants de Mombasa, d'autant plus qu'un autre dossier y était déjà en cours. En réponse, l'avocat du plaignant, Murshid Abdallah Mohamed, a expliqué que, d'après lui, la perception selon laquelle le tribunal de Kadhi serait moins compétent que le tribunal pour enfants était un mythe, la Constitution donnant le pouvoir aux juridictions kadhiales de statuer sur les problèmes de droit personnel des musulmans, ce qui inclut l'entretien et la garde des enfants.

Dans son arrêt, rendu le même jour, le Kadhi a d'ailleurs refusé de se dessaisir de cette affaire, soutenant que l'avocate de la défense n'avait cité aucune loi ou aucune disposition constitutionnelle pour justifier son point de vue. Il a continué en assurant qu'il était faux de considérer que les Kadhis n'étaient pas compétents pour la détermination de la garde des enfants depuis le vote du *Children Act*, le texte en question ne comprenant aucun article interdisant aux juridictions de droit coranique de s'occuper de tels problèmes. D'après lui, encore, l'affaire entraînait bien dans son champ de compétence dans la mesure où les Kadhis sont responsables des différends relatifs au divorce, dont l'attribution de la tutelle est une conséquence directe⁹⁸⁴. Le Kadhi a encore refusé de laisser le litige au tribunal pour enfants au motif que la première plainte avait été déposée auprès de sa cour de justice, en 2004, alors que la femme n'avait eu recours à la *Children's Court* qu'un an plus tard. Quelques temps après cette audition, lorsque le Kadhi de Mombasa a été interrogé sur ce dossier, il a expliqué avec assurance :

« Si vous regardez le *Kadhi's Courts Act*, Chapitre 11, le préambule dispose 'un décret parlementaire pour prescrire certaines questions relatives aux tribunaux de Kadhis d'après la Constitution, pour établir de plus amples dispositions concernant les tribunaux de Kadhis et pour des intentions qui y sont connectées ou qui en sont la conséquence' (...) Cela signifie n'importe quelle question liée au mariage. Dans les

⁹⁸⁴ Pour l'arrêt et plus de détails sur ces deux affaires, voir l'annexe 14.

questions liées au mariage, il y a la dot. Elle n'est pas mentionnée, mais des femmes viennent ici pour leur dot et elles ne peuvent pas être chassées parce que ce n'est pas mentionné. Dans le mariage, il y a aussi les enfants, c'est une question liée au mariage. La confusion a été introduite par la création des tribunaux juvéniles et en particulier après le vote du *Children's Act*, en 2001. Mais si vous regardez la loi en elle-même, aucune disposition n'interdit aux tribunaux de Kadhis de juger d'affaires dont ils s'occupaient. D'ailleurs, les lois qui ont été supprimées sont listées (...). Le *Kadhi's Courts Act* n'est pas mentionné comme l'une des lois qui a été abrogée par le vote du *Children's Act*. Et même dans ce cas, nous n'en tiendrions pas compte parce que la juridiction des Kadhis découle de l'article 66 de la Constitution et en droit, une disposition constitutionnelle est supérieure à tout décret parlementaire. Le *Children's Act* est une loi parlementaire, alors que les tribunaux de Kadhis sont établis par la Constitution. À la lumière de ces faits, les tribunaux de Kadhis ont juridiction pour juger n'importe quel litige se rapportant aux enfants »⁹⁸⁵

Une affaire assez similaire s'est déroulée à Malindi (*Civil Case 39/2006*), dans laquelle un couple se disputait la garde de leur enfant. La plainte avait été déposée auprès du Kadhi par le mari mais, parmi les arguments de la défense, l'avocat de la répondante avait remis en cause sa juridiction, en invoquant le fait que le tribunal de Kadhi n'était pas enregistré comme *Children's Court*. Là encore, dans son jugement, le Kadhi a justifié sa compétence, en déclarant :

« (...) En ce qui concerne l'objection préliminaire qui conteste la juridiction de ce tribunal, je reconnais à la prévenue que le tribunal de Kadhi n'a pas été enregistré comme *Children's Court*. Cependant, en vertu de l'article 5 du *Kadhis' Courts Act*, Chapitre 11 des lois du Kenya, le tribunal a compétence pour déterminer les questions de droit musulman relatives au statut personnel, au mariage, au divorce et à l'héritage. De mon point de vue, la phrase statut personnel inclut toutes les affaires civiles. De plus, le mariage, le divorce et l'héritage musulmans incluent toute la famille. En conséquent, il n'y a aucun doute que les enfants font partie de la famille. N'importe quelle question relative au mariage, au divorce ou à la succession affecte, directement ou indirectement, les enfants des parties en procès. C'est pourquoi je maintiens que ce tribunal a juridiction pour traiter des questions relatives aux enfants, lorsque la plainte originelle concernait un mariage, un divorce ou un héritage ou même les droits de l'enfant. Je n'ai aucun doute concernant le pouvoir de cette cour de justice pour

⁹⁸⁵ « If you look at the *Kadhi's Courts Act*, Chapter 11, the preamble states : 'an Act of Parliament to prescribe certain matters relating to Kadhi's Courts under the Constitution, to make further provisions concerning Kadhi's Courts and for purposes connected therewith and incidental thereto' (...). That means any matter connected with marriage. In the matters connected with marriage, there is dowry. It is not mentioned here but women come here for their dowry and they cannot be chased away because it is not mentioned. In marriage, you also have children, it is a matter connected to the marriage. That confusion has been brought after the introduction of the *Children's Courts* and in particular after the introduction of the *Children's Act*, 2001. But if you go to that Act itself, there is not provision, which is barring the Kadhis' Courts from entertaining the jurisdiction it has been entertaining. In fact, it says in the schedule the laws that have been repealed (...). The *Kadhi's Courts Act* is not mentioned as one of the laws that has been repealed with the coming of the *Children's Act*. Furthermore, even if it was included, it would be disregarded, because the Kadhis' Courts' jurisdiction stays from Section 66 of the Constitution and in law a constitutional matter has a preference over any Act of Parliament. The *Children's Act* is an act of Parliament, while the Kadhis' Courts are established in the Constitution. In that light, the Kadhis' Courts have jurisdiction to entertain any matter pertaining to children ». Entretien réalisé à Mombasa, le 06/07/06.

déterminer les questions relatives à la légitimité d'un enfant. Je ne pense pas que le *Children's Act* a abrogé le *Kadhis' Courts Act* »⁹⁸⁶

Également interrogé sur la question, le magistrat a avancé plus ou moins les mêmes arguments que son collègue de Mombasa, assurant qu'il n'était pas possible de traiter les enfants en dehors du mariage ou du divorce et qu'il ne serait pas normal de soumettre un litige à un tribunal et de demander ensuite aux parties de se rendre auprès d'une autre cour pour déterminer quel parent exercerait le droit de tutelle. C'est également une raison avancée par Osman Shurie, en poste à Garissa :

« Comment les droits d'une mère peuvent-ils être considérés auprès d'un tribunal et les droits d'un enfant considérés auprès d'un autre ? Je ne sais pas comment ils peuvent trouver un équilibre. Les tribunaux de Kadhis ont juridiction, parce qu'ils considèrent à la fois les droits de la mère et de l'enfant (...). Notre loi est complète, tout y est prévu. Les tribunaux de Kadhis sont des institutions compétentes et ils doivent traiter de toutes les affaires concernant la population musulmane. Cette loi n'abroge pas la juridiction des tribunaux de Kadhis, les tribunaux de Kadhis ont également compétence, en particulier lorsque les parties sont musulmanes »⁹⁸⁷

La plupart des juges de droit coranique partagent donc une opinion similaire, même si certains paraissent plus disposés à renoncer à leur compétence au profit des tribunaux pour enfants. Par exemple, Ahmed Sherif Al-Muhdhar, en poste à Nairobi, a confié que les affaires de tutelle n'étant pas expressément mentionnées comme relevant de ses attributions, il préférerait en général adresser les parties à la *Children's Court*, à moins que l'objet du litige ne soit pas très complexe. De même, il a avoué que, lorsque des avocats contestent sa juridiction, il choisit le plus fréquemment de prononcer un non-lieu et de renvoyer les parties auprès du

⁹⁸⁶ « *About the preliminary objection that objects the jurisdiction of this court I concede to the defendant that the Kadhi's Court is not gazetted as a Children's Court. However by virtue of Section 5 of the Kadhis' Courts Act, Cap. 11 of the Laws of Kenya, the court has jurisdiction to determine matters of Muslim Law relating to personal status, marriage, divorce and inheritance. In my view the phrase personal status includes the entire civil matters. Moreover the Muslim marriage, divorce and inheritance include the entire family. Thus, there is no doubt that children are part of the family. Any question on marriage or divorce or inheritance affects either directly or indirectly children of the parties to the dispute. Therefore I maintain that this court has jurisdiction to hear children's questions where the original suit was on marriage or divorce or inheritance or even the right of the child. I have no doubt the court has power to determine questions related to the legitimacy of a child. I am not aware that the Children's Act abrogated in any way the Kadhis' Courts Act* ». Pour le détail de l'affaire, voir l'annexe 14.

⁹⁸⁷ « *How can a mother's rights be considered in a court and a child's rights be considered in another court ? I do not know how they can balance. The Kadhis' Courts also have jurisdiction, because they consider both mother's and children's rights (...). We have a complete law, everything is provided for. Kadhis' Courts are competent courts and they have to handle all cases concerning Islamic population. This Act is not overruling the Kadhis' Courts. Kadhis' Courts also have competence, especially when the parties are Muslims* ». Entretien réalisé à Garissa, le 20 mars 2007.

tribunal pour enfants. Néanmoins, il a bien précisé que, d'après lui, le *Children Act* n'interdit en rien aux tribunaux de Kadhis de juger d'affaires concernant des mineurs⁹⁸⁸.

Dans l'absolu, le fait que certains Kadhis persistent à trancher ce type de litiges pourrait poser problème si le droit qu'ils appliquent remet en cause les droits de l'enfant. Par exemple, la loi islamique en matière de tutelle est très explicite, même si elle varie légèrement en fonction des écoles de pensée. Toutes sont néanmoins d'accord pour reconnaître que c'est à la mère que revient la garde du fils et de la fille jusqu'à un certain âge. D'après l'école chaféite, la plus répandue en Afrique orientale, jusqu'à sept ans environ, le garçon et la fille sont sous la tutelle de leur mère ; ensuite on leur demande leur avis et ils sont confiés à celui des deux parents qu'ils choisissent⁹⁸⁹. Pourtant, la marge d'appréciation des Kadhis paraît importante et ils ne considèrent pas uniquement la stricte règle islamique mais, comme l'ont souligné Sheikh Mohammed Sheikh Hassan, le Kadhi de Nyeri, et Ahmed Sherif Al-Muhdhar, en poste à Nairobi, le droit musulman considère aussi le bien-être de l'enfant comme le premier critère à prendre en considération pour la détermination de son tuteur, bien avant l'intérêt des parents⁹⁹⁰. Ce dernier a en outre assuré que les dispositions coraniques à ce sujet sont presque similaires à celles contenues dans le *Children Act* et qu'il n'y a donc pas de problème à ce que les Kadhis continuent à juger ce genre de différends. D'ailleurs, dans l'affaire civile 47/2006, concernant entre autres la garde des enfants d'un couple divorcé, le Kadhi de Malindi a jugé selon une logique semblable :

« En ce qui concerne la garde des enfants, la loi islamique donne généralement une telle tutelle à la mère, de façon absolue, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de sept ans. Les lettrés musulmans parvinrent à cette conclusion après s'être interrogés sur le fait de savoir auprès de qui se trouve le meilleur intérêt de l'enfant. Il est évident que n'importe quel enfant d'âge tendre a plus besoin de sa mère que de son père. Ceci correspond aux circonstances ordinaires. Cependant, s'il est prouvé que la mère n'est pas en mesure de devenir le gardien de l'enfant ou lorsqu'elle n'en prend pas soin, alors celui-ci sera placé sous la tutelle de la personne qui sera la mieux placée pour s'en occuper »⁹⁹¹

⁹⁸⁸ Entretien réalisé à Nairobi, le 11 novembre 2005.

⁹⁸⁹ Selon d'autres écoles, la fille dépend de la garde de sa mère jusqu'à sa puberté.

⁹⁹⁰ Entretiens réalisés à Nyeri, le 12 juin 2006 et à Nairobi, le 11 novembre 2005.

⁹⁹¹ « *About the custody of the children, Islamic Sharia grants such custody to the mother absolutely until they reach the age of seven years. Muslim scholars arrived at the above conclusion on the basis of where the best interest of the child lies. It is obvious that any child of a tender age needs the mother more than the father. This is under ordinary circumstances. However if it is proved that the mother does not qualify to become custodian of the child or when she does not take care of the child, then the child would be placed under the custody of any person who cares for him best* ». Pour le détail de l'affaire, voir l'annexe 14.

Ainsi, la loi islamique ne diffère pas fondamentalement du *Children Act* et, dans tous les cas, si les parties ne sont pas satisfaites du jugement rendu par le Kadhi, il leur est toujours possible d'intercéder en appel et, dans cette hypothèse, leur litige sera arbitré par un magistrat de droit commun.

c. La procédure d'appel : un retour au droit général.

Selon la pensée islamique classique, il n'existe pas de juridiction d'appel, dans la mesure où, aucun tribunal ne possédant la vérité, tous sont égaux les uns aux autres. Sur la question, Joseph Schacht explique par exemple que :

« Le qâdî a le devoir de rendre des jugements équitables, devoir qui lui est prescrit par le Coran, mais il n'y a aucun recours pour annuler un jugement inéquitable, car le droit strict de l'Islam ne reconnaît pas d'instances d'appel »⁹⁹²

Or, d'après l'article 65 du *Civil Procedure Act*, la Haute Cour est l'instance d'appel des jugements de tous les tribunaux subordonnés, à l'exception des *Magistrates' Courts* de troisième classe, mais à l'inclusion des juridictions kadhiales⁹⁹³. L'introduction de telles procédures d'appel, d'abord au moment de la colonisation, puis lors de l'élaboration de la Constitution du Kenya, remet donc en cause le principe islamique du caractère définitif des sentences du juge. Toutefois, elle n'affecte l'autorité des Kadhis que d'une manière limitée, puisque les affaires faisant l'objet d'un pourvoi demeurent très rares. Par exemple, D. K. Maraga, juge à la Haute Cour de Mombasa, a confié juger en moyenne et au maximum un appel par mois en provenance d'un tribunal de Kadhi⁹⁹⁴. Le chiffre pourrait même être inférieur, comme en attestent les rares dossiers ayant pu être consultés dans les archives des tribunaux de Nairobi et Mombasa et auprès des *Kenya Law Reports*, où sont compilées l'ensemble des affaires portées devant les tribunaux kenyans. Néanmoins, il est certain que la procédure d'appel atteste de la limitation du champ d'application du droit coranique puisque, comme c'est le cas lorsque des musulmans choisissent de se présenter devant la Haute Cour pour leurs différends matrimoniaux, dans l'hypothèse d'un recours, c'est le droit commun qui

⁹⁹² SCHACHT, J., 1999, *op. cit.*, pp. 157-158.

⁹⁹³ L'article 65 du *Civil Procedure Act* dispose : « 1) Except where otherwise expressly provided by this Act, and subject to such provision as to the furnishing of security as may be prescribed, an appeal shall lie to the High Court - (a) (Deleted by 10 of 1969, Sch.) ; (b) from any original decree or part of a decree of a subordinate court, other than a magistrate's court of the third class, on a question of law or fact ; (c) from a decree or part of a decree of a Kadhi's Court, and on such an appeal the Chief Kadhi or two other Kadhis shall sit as assessor or assessors ».

⁹⁹⁴ Entretien réalisé à Mombasa, le 17 mai 2006.

s'applique. D'ailleurs, les juges de la Haute Cour, en majorité non musulmans, sont pour la plupart peu familiers du droit islamique et, même si le Chief Kadhi ou, en son absence, deux Kadhis sont présents comme assesseurs, les décisions reposent sur la loi séculière.

De façon générale, à l'exception des Kadhis, les magistrats professant la religion islamique font d'ailleurs exception. Sur un total de 310 magistrats, tous statuts confondus et à l'exclusion des Kadhis, le nombre de musulmans se limitait à cinq en 2007. Il s'agissait de deux juges de la Haute Cour (A.R.M. Visram et M.K. Ibrahim, respectivement en poste à Nairobi et à Eldoret) sur un total de quarante-trois, un *Principal Magistrate* (Abdul El-Kindy, exerçant à Kisumu) et deux *Resident Magistrate* (Abdulgadir Lorot Hussein Ramadhani, basé à Gatundu et Abdurahiman O. Aminga, en poste à Limuru). Il apparaît donc certain que les magistrats ayant une connaissance plus ou moins approfondie des règles de droit coranique sont fort peu nombreux, ce qui explique en partie pourquoi la procédure d'appel repose sur le droit commun. Dans les préparatifs des travaux de révision constitutionnelle, il avait néanmoins été proposé que le tribunal du Chief Kadhi ait un statut équivalent à celui de la Haute Cour, afin de lui donner compétence pour l'appel des jugements des Kadhis⁹⁹⁵. Dans plusieurs autres pays possédant des tribunaux de droit coranique, ces derniers jouissent d'ailleurs de leur propre mécanisme d'appel. Par exemple, en Afrique de l'Est, à Zanzibar, toutes les décisions des Kadhis peuvent faire l'objet d'un recours devant le Chief Kadhi, qui travaille dans les bâtiments de la Haute Cour de Zanzibar⁹⁹⁶. Pourtant, comme l'a remarqué D.K. Maraga, au Kenya, l'existence d'une Cour d'Appel spécifique aux tribunaux de Kadhis ne serait peut-être pas justifiée ni même très rentable, en raison du nombre limité de recours⁹⁹⁷. Ceci paraît indéniable et plusieurs avocats ont insisté sur le fait que les décisions des magistrats de droit islamique sont rarement contestées. Ceci tient en partie au fait que le droit islamique est assez précis sur la plupart des questions de droit personnel, mais cela résulte aussi de la conviction chez les musulmans que le juge est infaillible et ses décisions non susceptibles de contestation.

Interrogés sur le sujet, plusieurs avocats musulmans et les Kadhis en général se sont néanmoins plaints de la procédure en vigueur. Sultana Fadhil a par exemple souligné que, s'il

⁹⁹⁵ *Daily Nation*, 30/04/02, p. 6 : « Muslims want more clout for Chief Kadhi ».

⁹⁹⁶ STILES, E., *A Kadhi and his court. Marriage, Divorce and Zanzibar's Islamic legal tradition (Tanzania)*. A Dissertation presented to the Graduate School of Arts and Sciences of Washington University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, Washington University, Department of Anthropology, 2002, pp. 6-8.

⁹⁹⁷ Entretien réalisé à Mombasa, le 17 mai 2006.

existait un tribunal d'appel particulier, les affaires seraient certainement résolues plus rapidement. Il est vrai qu'il ne semble pas toujours facile d'organiser ces recours. À deux reprises, lors d'un déplacement à Mombasa, l'occasion s'est présentée d'assister à l'audition d'un appel, cependant, dans les deux cas, la déception a été de taille, les séances ayant été tout bonnement reportées à des dates indéterminées. Les deux affaires portaient sur des jugements rendus par le Chief Kadhi et, comme le prévoit la loi, le juge de la Haute Cour devait être assisté de deux Kadhis pour assesseurs. Chaque fois, les Kadhis de Mombasa et de Kwale ont donc été convoqués, certainement pour des raisons pratiques, le premier étant sur place et Kwale étant la ville la plus proche où officie un autre Kadhi. Le report des auditions n'a pas posé de problème majeur au Kadhi de Mombasa, en revanche, le juge en poste à Kwale a exprimé une certaine frustration, dans la mesure où il avait dû faire le déplacement tout exprès et qu'il n'avait été averti des annulations que le jour même. De ce point de vue, l'existence d'une institution spécifiquement en charge des recours émanant d'un tribunal de Kadhi simplifierait les choses et réduirait les délais. De même, la création d'une telle procédure empêcherait une certaine contradiction qui a été soulignée par Hammad Kassim, le Chief Kadhi. Celui-ci a très justement expliqué que, lorsque deux musulmans s'entendent pour porter leur différend devant le Kadhi, ils attendent que leur problème soit jugé dans le respect du droit coranique. Or, s'ils font appel, ils doivent aller devant une autre cour de justice, qui applique un autre type de loi et leur choix apparaît en quelque sorte renié⁹⁹⁸. En effet, en cas d'appel, le rôle du Chief Kadhi ou des deux Kadhis se limite à conseiller le juge de la Haute Cour qui, en dernier lieu, a seule compétence pour élaborer un jugement, qui ne se base pas sur le droit coranique. Les conseillers donnent, certes, leur avis pour déterminer si le Kadhi dont le jugement fait l'objet d'un recours a commis une faute au regard du droit musulman mais le juge de la Haute Cour considérera plutôt la procédure ou les éventuelles contradictions de la décision du Kadhi avec les dispositions constitutionnelles. Ainsi, lors de l'appel du jugement d'un Kadhi, Hammad Kassim a expliqué que le juge et son assesseur élaborent chacun un jugement, les deux étant ensuite comparés⁹⁹⁹, mais, en dernier lieu, c'est l'appréciation du juge de la Haute Cour qui demeure toujours déterminante. De ce point de vue, il est intéressant de relever que les appels contre les jugements de Kadhis concernent assez rarement une mauvaise application de la loi coranique ou le fonds d'une sentence, mais portent le plus souvent sur des points de procédure ou sur la compétence des magistrats musulmans pour juger telles ou telles affaires.

⁹⁹⁸ Entretien réalisé à Mombasa, le 15 décembre 2005.

⁹⁹⁹ Entretien réalisé à Mombasa, le 15 décembre 2005.

2) Les règles de procédure : une tentative de compromis entre le droit musulman et le droit commun.

En 1955, dans un ouvrage consacré à l'application du droit islamique en Afrique, J.N.D. Anderson soulignait, en conclusion du chapitre dédié au Kenya, que l'un des points qui demandait impérativement une solution concernait les règles de procédure applicables dans les tribunaux de Kadhis¹⁰⁰⁰. Or, plus de cinquante ans après, la question se pose toujours. D'après le *Kadhis' Courts Act*, l'application des normes de procédure civile ne constitue qu'une mesure temporaire, dans l'attente de l'établissement, par le *Chief Justice*, d'un code spécifique pour ces institutions¹⁰⁰¹. Or, jusqu'à présent, une telle réglementation n'a jamais été proposée, ce que la plupart des magistrats de droit coranique déplorent et ce que certains considèrent même, à l'exemple de Abubakar Bwanakai Abadallah, comme une preuve de la négligence des autorités à l'égard des tribunaux de droit islamique¹⁰⁰². En corollaire à cette absence de règles propres à leurs juridictions, les Kadhis travaillent de manière plus ou moins standardisée, tous ne respectant pas les normes civiles de façon très stricte.

Le droit coranique comporte pourtant des dispositions particulières en matière de procédure, même si celles-ci demeurent assez élémentaires. Joseph Schacht, dans son *Introduction au droit musulman*, explique par exemple que :

« L'essentiel du droit musulman, en matière de procédure, consiste dans les instructions au *qâdî*, dont le devoir est d'agir d'une certaine manière, c'est-à-dire de traiter équitablement les parties, de ne pas déformer leurs déclarations, de ne pas suggérer de réponses aux témoins ; mais, néanmoins, la validité de ses actes peut être reconnue même s'il n'a pas respecté ses devoirs. (...) le droit islamique de procédure n'insiste pas tant sur la détermination d'une vérité objective que sur l'application de certaines règles formelles. Le *qâdî* ne doit pas, il est vrai, rendre des jugements en contradiction avec sa connaissance des faits, et d'autres dispositions témoignent également du souci d'établir les faits, mais de façon générale, la règle formelle de procédure est observée pour elle-même. »¹⁰⁰³

La procédure musulmane, en principe orale, est par ailleurs caractérisée par la quasi absence de formalisme. Toutefois, dans la plupart des pays où existent des Kadhis et parce

¹⁰⁰⁰ ANDERSON, J.N.D, 1970, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁰¹ L'article 8 du *Kadhis' Courts Act* dispose que : « (1) *The Chief Justice may make rules of court providing for the procedure and practice to be followed in Kadhis' courts.* (2) *Until rules of court are made under subsection (1), and so far as such rules do not extend, procedure and practice in a Kadhi's court shall be in accordance with those prescribed for subordinate courts by and under the Civil Procedure Act* ».

¹⁰⁰² Entretien réalisé à Kisumu, le 20 mars 2006.

¹⁰⁰³ SCHACHT, J., 1999, *op. cit.*, pp. 157-158 et p. 161.

que ces derniers font partie intégrante du système judiciaire, les démarches procédurales ont évolué, pour les formaliser de plus en plus. Au Kenya, les Kadhis se trouvent dans l'obligation d'appliquer les règles de procédure civile prévues par le *Civil Procedure Act*. Pourtant, la situation reste imparfaite, d'une part parce que les magistrats de droit coranique ne maîtrisent pas toujours ces normes et, d'autre part, parce que, d'après un certain nombre de Kadhis, il serait nécessaire d'établir un code spécifique à cette institution. En outre, les conventions relatives à l'audition des témoins posent problème. Même si, dans ce domaine, les règles sont assouplies et permettent aux Kadhis de se conformer aux principes coraniques, certaines conditions limitent leur marge de liberté et compliquent la situation.

a. Une application incertaine du Civil Procedure Act par les juges musulmans.

La difficulté que rencontrent parfois les Kadhis à maîtriser les règles de procédure civile n'est pas un problème récent. Dès les années 1950, le Chief Kadhi, Ali Ahmed Badawy, écrivait par exemple au *District Commissioner*, pour l'informer des difficultés de certains Kadhis, et en particulier de Sheriff Omar bin Abdallah, en poste dans la Province du Nyanza, à respecter les procédures en vigueur dans les tribunaux :

« Il [Sheriff Omar bin Abdallah] n'a aucune connaissance des procédures légales ainsi que l'exige la loi. Même certains dans la région côtière n'ont aucune connaissance de ces procédures. Ceci n'est pas leur faute - ceci tient au fait qu'ils ne connaissent pas l'anglais et qu'ils n'ont pas été formés aux procédures légales. Mais il ne faut pas beaucoup de temps et d'effort pour que quelqu'un les maîtrise »¹⁰⁰⁴

Aujourd'hui encore, un certain nombre de Kadhis ne possèdent pas une bonne connaissance du *Civil Procedure Act*. Par exemple, alors que l'ensemble des dépositions, des témoignages ou des arrêts doivent être consignés par écrit, certains juges musulmans ne retranscrivent pas toujours la totalité des débats. Comme il l'a été expliqué, ceux-ci n'ont pas besoin de diplôme en droit pour exercer et même si, comme l'a souligné Ahmed Sherif Al-Muhdhar, les Kadhis reçoivent une formation au moment de leur prise de fonction, celle-ci est relativement brève, ce qui explique que tous ne parviennent pas à maîtriser l'ensemble des dispositions du *Civil*

¹⁰⁰⁴ « [He] has no knowledge of Court Procedure as required by law. Even some Kathis at the Coast have no knowledge of the Procedure. It is no fault of theirs – it is because they do not know English and have not been taught the Court Procedure. It does not require a long time and great effort to enable one to master it (...) ». Courrier en date du 17/06/1950. KNA/PC/NZA/3/18/29, Colony and Protectorate of Kenya, « *Marriages and Divorces – Mohammedans – Appointment of Kathis* », 1937-1950.

Procedure Act, un texte long et complexe¹⁰⁰⁵. En outre, ceci limite leur efficacité et les conduit parfois à commettre des erreurs. Par exemple, le 23 mars 2006, au tribunal de Kadhi de Kisumu, dans une affaire de divorce, le juge a procédé à l'audition de la plaignante, alors que le défendeur, absent, n'avait pas établi sa défense écrite. Or, d'après les dispositions du *Civil Procedure Act*, les justiciables ne peuvent faire leur déposition tant que la plainte et la défense n'ont pas été établies dans le dossier en cours. Par ailleurs, les lacunes des Kadhis à l'égard des règles de procédure les rendent vulnérables lorsque des parties sont représentées par des avocats, ce qui a été constaté plusieurs fois au cours d'auditions. Ces derniers jouent, en effet, parfois sur l'ignorance des Kadhis pour ralentir les affaires, en invoquant des points techniques. À ce sujet, il est intéressant de rappeler les propos de Bernard Botiveau sur la différence entre les juges islamiques, dont le rôle s'inscrit dans une continuité historique, et les avocats, produits de la modernité juridique¹⁰⁰⁶. Les premiers faisant figure de juges plus « traditionnels », ils ne possèdent pas toujours les connaissances et les qualités d'orateurs des seconds, formés pour et habitués aux normes du droit moderne. Enfin, la mauvaise maîtrise de ces normes rend les jugements des Kadhis facilement contestables : dans le cas où les règles de procédure ne sont pas suivies à la lettre, toute décision peut-être annulée en appel.

Il est d'ailleurs révélateur qu'une majorité de recours porte sur de seules erreurs d'instruction. Par exemple, en 2000, Fatma Yaghut Salim a fait appel de la décision du Kadhi alors en poste à Mombasa, Sheikh Ali Mwinzangu, au motif que ce dernier n'avait pas tenu compte de l'article 6 du *Civil Procedure Act*, lorsqu'il lui a été indiqué que le litige porté devant son tribunal faisait déjà l'objet d'une plainte auprès de la Haute Cour. D'après l'article 6 de la loi en question et selon un principe général, aucun tribunal ne peut s'occuper d'un différend déjà examiné par une autre juridiction¹⁰⁰⁷. C'est pourquoi J. Khaminwa, la juge de la Haute Cour a estimé que le litige devait être tranché par son tribunal et non par le Kadhi¹⁰⁰⁸. Un autre exemple concerne une affaire présentée auprès du Kadhi de Malindi, avant d'être l'objet d'un appel auprès de la Haute Cour de Mombasa. Dans son verdict, le juge P.M. Tutui a expliqué que le différend portait sur une question d'héritage et devait faire l'objet d'une

¹⁰⁰⁵ Entretien réalisé à Nairobi, le 26 octobre 2005.

¹⁰⁰⁶ BOTIVEAU, B., « Droit islamique : du politique à l'anthropologique », *Droit et Société*, n°15, 1990, pp. 190-191.

¹⁰⁰⁷ L'article 6 du *Civil Procedure Act* dispose : « No court shall proceed with the trial of any suit or proceeding in which the matter in issue is also directly and substantially in issue on a previously initiated suit or proceeding between the same parties or between parties under whom they or any of them claim litigating under the same title where such suit or proceedings is pending on the same or of other court having jurisdiction in kenya to grant the relief claimed ».

¹⁰⁰⁸ Voir le jugement dans l'annexe 15, *Civil Appeal No. 31/2000*.

nouvelle décision par un autre magistrat de droit islamique, en raison de lacunes flagrantes dans les opérations juridiques. Il a ainsi précisé dans son jugement rendu le 26 juillet 2002 :

« Lorsque les auditions commencèrent le 14 novembre 2000, les plaignants étaient présents mais le défendeur était absent. Le tribunal ne mentionna pas si ce dernier avait reçu une convocation et procéda à l'interrogation sous serment du premier plaignant. La seconde plaignante donna également son témoignage, mais le dossier n'indique pas si elle prêta serment (...). Le 20 novembre 2000, le défendeur était de nouveau absent et le tribunal ne chercha pas à savoir s'il avait bien été informé de la date de l'audition, mais à l'issue de la session du tribunal un arrêt fut rendu, ayant pour objet de fournir au défendeur une note l'informant de l'audition suivante, prévue pour le 27 novembre 2000. De nouveau, ce dernier ne se présenta pas et le dossier démontre qu'il avait reçu une convocation. L'audition de l'affaire se poursuivit, jusqu'au 15 janvier 2001, lorsque le défendeur se présenta finalement et expliqua n'avoir jamais reçu de convocation. Le tribunal ordonna alors la tenue d'une nouvelle audition. Une fois encore, les dossiers révèlent plusieurs erreurs dans la tenue des actes, dans le sens où le témoignage du premier plaignant ne fut pas pris, alors qu'il n'est pas indiqué si celui du deuxième plaignant fut réalisé après prestation de serment. Il n'y a pas non plus de contre-témoignage. Le même scénario se répète pour le cas de la défense »¹⁰⁰⁹

Ces deux affaires témoignent donc des erreurs fréquentes commises par les magistrats de droit musulman.

Le respect plus ou moins strict des règles de procédure se retrouve également dans la façon dont certains magistrats élaborent et retranscrivent leurs jugements. Selon les conventions en la matière, toutes les décisions doivent en principe être rédigées par écrit, de manière à pouvoir être consultées par les parties si ces dernières le souhaitent. Certes, tous les Kadhis retranscrivent leurs sentences sur papier, toutefois, la longueur et la complexité des jugements varient entre les magistrats¹⁰¹⁰. Les décisions du Kadhi de Garissa sont, par

¹⁰⁰⁹ « When the hearing commenced on the 14.11.2000 the plaintiffs were present but the defendant was absent. The court did not establish whether he had been served with a Hearing Notice and proceeded to hear the sworn evidence of the 1st plaintiff. The 2nd plaintiff also gave his evidence but the record does not show whether she was sworn or not (...). On the 20.11.2000, again the defendant was absent and the Court did not enquire as to whether he had been notified of the hearing date but at the close of the proceedings of the day an order was made to the effect that the defendant be served with a hearing Notice for the next hearing which was for the 27.11.2000. Once again there was no appearance and the record shows he had been served with the Hearing Notice. The case went on for hearing until the 15.1.2001 when the defendant appeared and the court after hearing him found he had not been served with hearing notices and the court ordered a fresh hearing which commenced on 25.1.2001. Once again the record shows proceedings are defective in that the 1st plaintiff's evidence was not taken while that of the 2nd plaintiff is not shown whether it was under Oath or otherwise. There is no cross-examination either. The same scenario is repeated for the defence case ». Civil Appeal No. 83 of 2001, High Court of Kenya at Mombasa, Ali Said Salim Rukby vs Salim Said Said Rukby/Fatma Said Salim Rukby. Voir l'annexe 15 pour le détail.

¹⁰¹⁰ Sur le même thème, Moussa Abou Ramadan explique que, depuis l'instauration d'une Cour d'Appel de la Charia en Israël, les jugements des Kadhis sont plus longs et de meilleure qualité. RAMADAN, M.A., 2003, *op. cit.*, p. 275.

exemple, remarquables par leur brièveté et leur simplicité, comme en témoigne le jugement rendu le 20 mars 2007, dans le cadre de l'affaire civile 54/2007. Il s'agissait d'un couple, marié depuis environ un an et demi et ayant une fille, âgée de 9 mois, placée sous la garde de sa mère. L'épouse avait déposé plainte, accusant son mari de ne pas s'occuper d'elle et de son enfant. Elle s'était d'abord adressée au Chef local et aux Anciens, qui avaient conclu que son époux devrait la répudier. Mais, devant le refus de ce dernier de s'exécuter, le Chef avait recommandé à la femme de porter l'affaire devant la justice. Après avoir convoqué et auditionné les deux parties le 20 mars 2007, le Kadhi a, le même jour, prononcé un jugement qui se résumait à quatre phrases :

« Après avoir entendu les deux parties, je délivre le jugement pour un *Khul*, ainsi que souhaité par la plaignante. Le défendeur devra prononcer la répudiation. L'enfant sera placé sous la garde de sa mère jusqu'à nouvel ordre. J'ordonne également à la plaignante de récupérer son certificat de divorce »¹⁰¹¹

Cette décision peut paraître assez surprenante, dans la mesure où le magistrat n'a pas mentionné les motifs de l'affaire et n'a justifié son verdict par aucun élément, ne serait ce qu'une citation coranique. Elle laisse l'impression d'un jugement bâclé et conforte cet a priori d'un magistrat rendant parfois ses décisions de façon assez subjective. Pourtant, ce cas paraît plutôt isolé et à l'opposé, les jugements du Kadhi de Lamu se caractérisent par leur longueur et leur goût du détail. Dans chacun de ses verdicts, le magistrat rappelle les faits, les demandes respectives des deux parties, les dépositions des éventuels témoins, avant de formuler sa sentence, qu'il agrmente toujours de références légales ou de versets coraniques¹⁰¹². Là encore, le respect des règles du *Civil Procedure Act* apparaît donc plus ou moins strict en fonction du magistrat, certains Kadhis se montrant très sensibles à cette législation et cherchant à l'appliquer du mieux qu'ils le peuvent, malgré un handicap certain en raison de leur manque de connaissances juridiques formelles.

La difficulté qu'expriment les Kadhis à se conformer à la procédure de droit commun tient par ailleurs au fait que cette dernière s'avère parfois contradictoire avec certains principes islamiques. Or, plusieurs magistrats de droit musulman, à l'image du Kadhi de

¹⁰¹¹ « Upon hearing both sides I herefore enter judgment as prayed by the plaintiff as *Khul*. The defendant to pronounce the divorce. The child to be under mother's custody until further order. I further order the plaintiff to collect her divorce certificate ». Jugement rendu le 20 mars 2007, à Garissa. L'affaire figure dans l'annexe 14. Le *Khul* est une forme particulière de divorce, à l'initiative de l'épouse et selon laquelle celle-ci peut obtenir une dissolution de son union matrimoniale contre une compensation versée à son mari.

¹⁰¹² Voir l'annexe 14 pour des exemples de jugements rendus par le Kadhi de Lamu.

Mombasa, Sheikh Twalib Bwana Mohammed, estiment que dès lors qu'une disposition procédurale paraît contraire à une règle coranique, ils ne peuvent la respecter et, en cas de contradiction, ils privilégient toujours le droit islamique¹⁰¹³. Certes, les différences entre les normes de procédure civile et les principes islamiques semblent assez minimes, pourtant elles demeurent problématiques pour certains magistrats. Par exemple, en ce qui concerne les prestations de serment, Rashid Ali Omar, le Kadhi de Kisumu, a confié :

« Dans les autres tribunaux, lorsque des individus viennent, ils doivent prêter serment, les deux parties, le plaignant et le défendeur. Mais maintenant, si les deux parties ont dû prêter serment, il y en a forcément une qui ment et qui a donné un faux serment. En droit islamique, les choses sont différentes. L'un d'entre eux va prêter serment, et l'autre va donner des contre-preuves pour son argument. En premier, le plaignant va prêter serment et donner ses preuves, puis ensuite, s'il ne donne pas suffisamment de preuves, c'est à ce moment-là que l'autre partie va prêter serment. Ceci pour éviter les questions de parjure. Ainsi, maintenant, nous faisons face à un dilemme, parce que dans cette situation, est-ce que je vais demander aux deux de prêter serment, ou bien est-ce que je vais suivre le droit islamique ? »¹⁰¹⁴

Pour cette raison, l'ancien Kadhi de Kisumu, Abubakar Bwanakai a affirmé que les tribunaux de Kadhis, tels qu'organisés au Kenya, posaient un défi aux principes de l'islam. D'ailleurs, à cause de ces contradictions qui rendent leur tâche parfois compliquée, plusieurs magistrats ont exprimé le souhait que leurs tribunaux puissent appliquer leurs propres règles de procédure, ainsi que le prévoit l'article 8 du *Kadhis' Courts Act*. Sheikh Twalib Bwana Mohammed, en poste à Mombasa, a par exemple confié :

« Nous appliquons la procédure civile, bien que nous ayons notre propre procédure islamique qui, nous pensons, serait plus rapide que ce que nous faisons actuellement. Si nous pouvions codifier notre propre procédure islamique, ce serait plus rapide qu'en la situation actuelle »¹⁰¹⁵

Ainsi, à partir du milieu de l'année 2006, les Kadhis et le Chief Kadhi ont entamé des discussions, avec pour ambition d'élaborer des normes spécifiques à leur institution dans ce

¹⁰¹³ Entretien réalisé à Mombasa, le 2 mars 2007.

¹⁰¹⁴ « *In the other courts, when people come, they have to be swearing, both the parties, the litigant and the respondent. But now, if both parties have been told to swear, one of them must be lying and giving false swearing. In Islamic law, things are different. One of them will swear, and the other one will produce counter evidence for his argument. First, the plaintiff will swear and give his evidence, and then, if he does not give enough evidence, that is when the other party will swear. That is to avoid that issue of perjury. So now, we are in a dilemma, because in this situation, will I tell both of them to swear, or will I follow the Islamic law ?* ». Entretien réalisé à Kisumu, le 20 mars 2006.

¹⁰¹⁵ « *We apply the civil procedure, though we have our own Islamic procedure, which we think would be faster than what we are doing now. If we could codify our own Islamic procedure, it would be faster than now* ». Entretien réalisé à Mombasa, le 11 janvier 2006.

domaine. Le processus a débuté en juillet 2006, après que plusieurs juges de droit islamique ont interpellé le *Chief Justice* sur la question, lors d'une réunion à Mombasa. Ce dernier a considéré la demande avec sérieux et a sollicité le Président du comité en charge de la réforme des lois pour prendre contact avec le Chief Kadhi qui, à son tour, a convoqué les autres magistrats de droit musulman, ainsi que diverses personnalités susceptibles d'apporter leur contribution, afin d'élaborer des propositions. Les discussions ont abouti à la rédaction d'un document suggérant l'établissement de règles de pratique et de procédure particulières aux tribunaux de Kadhis. Le projet ne sera mis en application qu'après son éventuelle approbation par la *Judicial Service Commission*¹⁰¹⁶, toutefois, une copie a pu être obtenue auprès du Kadhi de Kisumu. Ce document comporte deux parties, l'une relative aux affaires de mariage, de divorce et de statut personnel et l'autre concernant les litiges en matière de succession. Il détaille ensuite la forme sous laquelle une plainte devrait être présentée, la manière dont les parties devraient être convoquées et auditionnées et la procédure selon laquelle les jugements devraient être formulés et mis en application¹⁰¹⁷. De façon globale, sur toutes ces thématiques, les propositions ne diffèrent pas radicalement des règles prévues par le *Civil Procedure Act* et le projet ne semble pas apporter d'innovation majeure. Pourtant, son originalité repose sur l'accent qui est parfois mis sur le respect de divers principes islamiques. Une disposition assez intéressante indique, par exemple, que « *le tribunal cherchera à atteindre la justice conformément au droit islamique, sans être lié par des questions techniques ou par les procédures* »¹⁰¹⁸. D'une certaine manière, le texte vise donc à rendre les démarches auprès des tribunaux de Kadhis plus simples et moins procédurières, sans pour autant qu'elles n'apparaissent totalement différentes des usages de la procédure civile. Il y est aussi précisé que les dépositions des parties et de leurs témoins, ainsi que les règles en matière de preuve devraient suivre les préceptes de droit musulman, alors que la pratique actuelle apparaît plutôt floue et assez variable selon les habitudes des divers magistrats.

¹⁰¹⁶ Informations recueillies lors de l'entretien réalisé avec Ismail A. Abdallah, à Lamu, le 5 mars 2007.

¹⁰¹⁷ Le document figure dans l'annexe 18.

¹⁰¹⁸ « *The court will attempt to achieve the ends of justice in accordance with Islamic Law without being bound by the Technicalities or procedures* ». Article 8(2), *Rules of Practice and Procedure in the Kadhi's Court*.

b. La possibilité d'appliquer les règles islamiques en matière de preuve et de témoignage : une concession relative ?

Comme le souligne Clifford Geertz, en droit musulman, le témoignage oral est prédominant à toute autre forme de déposition¹⁰¹⁹. Les documents rédigés n'ont ainsi, en théorie, aucune valeur et sont dépourvus de validité légale. Dans la pratique historique, néanmoins, les preuves écrites pouvaient parfois être acceptées, à condition que leur contenu soit confirmé par des témoignages oraux¹⁰²⁰. L'importance accordée aux déclarations verbales a même donné naissance à l'institution de témoins accrédités, choisis par le Kadhi lui-même, en fonction de leur franchise, de leur honnêteté, ou de leur honorabilité. Aujourd'hui, de tels témoins officiels n'existent plus, mais l'audition de tiers demeure l'un des principes fondamentaux du tribunal de Kadhi. Par exemple, le Chief Kadhi a reconnu toujours préférer les témoignages oraux, plutôt qu'écrits. De même, Rashid Ali Omar, à Kisumu, a avoué privilégier les dépositions orales à toute autre forme de preuve¹⁰²¹. Certes, comme l'a expliqué Abdulhalim Hussein Athman, certains documents écrits peuvent être considérés comme éléments de preuve. Il a cité l'exemple d'une femme qui demande le paiement de sa dot : si elle présente au tribunal son certificat de mariage, sur lequel est inscrit le montant et le fait qu'elle n'a pas été payée, le Kadhi acceptera le certificat comme attestation et rendra un jugement favorable à la plaignante¹⁰²². De manière classique, les parties sont censées s'appuyer sur les dépositions de deux hommes ou d'un homme et deux femmes et, si les deux plaideurs fournissent des témoins, le nombre produit par chacun d'eux, au-delà du minimum requis, n'est pas pris en considération. Plusieurs magistrats ont souligné qu'il n'est pas obligatoire pour les parties de présenter des témoins, mais qu'ils préfèrent lorsque cela est le cas, étant donné l'importance de leurs dépositions en tant que preuves. Par exemple, le 3 octobre, au tribunal de Mombasa, le Chief Kadhi a insisté pour que la plaignante présente au

¹⁰¹⁹ GEERTZ, C., 1986, *op. cit.*, pp. 236-237.

¹⁰²⁰ Comme le rappelle Bogac A. Ergene, en dépit de la doctrine islamique qui décourageait l'utilisation des documents écrits comme mode de preuve, dans la pratique, les musulmans les utilisèrent dès les origines de l'islam. ERGENE, B.A., « Evidence in Ottoman Courts : Oral and Written Documentation in Early-Modern Courts of Islamic Law », *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 124, n°3, Juillet-Septembre 2004, pp. 471-491. De même, Baber Johansen souligne que les règles concernant les documents écrits variaient selon l'importance et la fonction de ces derniers, dans des contextes historiques différents. JOHANSEN, B., « Formes de langage et fonctions publiques : Stéréotypes, témoins et offices dans la preuve par l'écrit en droit musulman », *Arabica*, 44, 1997, pp. 333-376. Des études démontrent encore que, à l'époque contemporaine, les documents écrits sont fréquemment utilisés comme moyen de preuve par les tribunaux du Yémen et d'Arabie saoudite : MESSICK, B., *The Calligraphic State. Textual Domination and History in a Muslim Society*, Berkeley and Los Angeles : University of California Press, 1993 ; VOGEL, F., *Islamic Law and Legal System*, Leiden : Brill, 2000.

¹⁰²¹ Entretien réalisé à Kisumu, le 12 février 2007.

¹⁰²² Entretien réalisé à Kwale, le 21 mai 2007.

moins deux individus, alors qu'elle n'était accompagnée que d'une seule personne. Malgré tout, lors d'un entretien, le Chief Kadhi a admis que le nombre ne constitue pas toujours un critère important. Hammad Kassim a confié que, lorsqu'il était en poste à Nairobi, il était fréquent que certains justiciables viennent avec plusieurs personnes, dont les dépositions se contredisaient parfois et qui, plutôt que d'aider à résoudre l'affaire, ne faisaient que la retarder¹⁰²³. Le Kadhi de Nairobi a également expliqué que, pour les différends matrimoniaux, l'audition de témoins n'est pas une nécessité, dans la mesure où c'est la déposition des deux conjoints qui est essentielle. La plupart des parties intéressées viennent d'ailleurs sans témoin et dans ce cas, la décision repose sur les seules dépositions des plaideurs. En revanche, lorsque des parties se présentent avec des tiers, le juge ne refuse jamais de les écouter¹⁰²⁴.

En matière de preuve, le droit kenyan offre d'ailleurs une concession importante aux musulmans puisque, dans ce domaine, l'article 6 du *Kadhis' Courts Act* permet aux magistrats de droit coranique d'appliquer les règles islamiques. Toutefois, la disposition selon laquelle le témoignage d'un seul homme équivaut à celui de deux femmes fait souvent l'objet de critiques, et l'application des normes musulmanes est ici assortie de deux limites : d'une part, le juge ne doit pas opérer de discrimination entre les témoins pour des motifs de sexe ou de religion et, d'autre part, il doit rendre son jugement non pas en fonction du nombre de personnes interrogées, mais selon la crédibilité des dépositions¹⁰²⁵. La même disposition existe d'ailleurs dans le *Kadhi's Act* de 1985, réglementant l'activité des juridictions de droit coranique à Zanzibar¹⁰²⁶. Par cette restriction, les Kadhis apparaissent plus ou moins libres, puisqu'ils ne peuvent pas totalement se conformer aux préceptes islamiques. L'impératif de ne pas opérer de discrimination en fonction du sexe ne semble cependant pas poser de problème aux différents magistrats. Abdulhalim Hussein Athman, en poste à Kwale, a ainsi reconnu que dans les affaires matrimoniales, les plaignants sont souvent des femmes et qu'il est plus fréquent que les personnes témoignant en leur faveur soient de même sexe, assez souvent leur mère ou une sœur¹⁰²⁷.

¹⁰²³ Entretien réalisé à Mombasa, le 3 octobre 2006.

¹⁰²⁴ Entretien réalisé à Nairobi, le 27 septembre 2006.

¹⁰²⁵ L'article 6 du *Kadhis' Courts Act* dispose: « *The law and rules of evidence to be applied in a Kadhi's court shall be those applicable under Muslim law : Provided that (i) all witnesses called upon shall be heard without discrimination on grounds of religion, sex or otherwise ; (ii) each issue of fact shall be decided upon an assessment of the credibility of all the evidence before the court and not upon the number of witnesses who have given evidence ; (iii) no finding, decree or order of the court shall be reversed or altered on appeal or revision on account of the application of the law or rules of evidence applicable in the High Court, unless such application has in fact occasioned a failure of justice* ».

¹⁰²⁶ STILES, E., 2002, *op. cit.*, p. 173.

¹⁰²⁷ Entretien réalisé à Kwale, le 21 mai 2007.

En revanche, en ce qui concerne le facteur religieux, les choses ont largement évolué, les Kadhis ne s'étant pas toujours montrés très respectueux de ces restrictions. Ainsi, en 1955, dans un ouvrage relatif à l'application du droit islamique en Afrique, J.N.D Anderson relevait que les Kadhis, « *ne pourraient pas, de par leur formation, leur éducation et leur origine, suivre l'Evidence Act, même s'ils le souhaitaient, et en partie parce que, dans tous les cas, agir ainsi serait contraire à leur conscience* »¹⁰²⁸. Il relevait, par exemple, que les témoins non musulmans étaient exclus dans les affaires civiles et que « *Lorsqu'il leur est rappelé que l'Evidence Act est censé guider toutes leurs opérations, les Kadhis kenyans se contentent de rire doucement* »¹⁰²⁹. Aujourd'hui, au contraire, la plupart des magistrats de droit coranique affirment ne pas avoir de problème à accueillir des témoins non musulmans et ne pas opérer de discrimination à leur encontre, même si la plupart ont reconnu que ces témoignages sont assez rares. Sur ce point, Ismail A. Abdallah, le Kadhi de Lamu, a par exemple confié :

« Nous avons l'*Evidence Act*, Chapitre 80 (...). Par exemple, nous ne sommes pas censés faire de discrimination entre les témoins, que ce soit un homme ou une femme, qu'ils soient musulmans ou non (...). S'ils possèdent la moindre information susceptible d'éclairer le tribunal, pourquoi est-ce que je ne devrais pas les écouter ? (...) Mais si je me réfère aux règles islamiques en matière de témoignage, je dois donner préférence aux musulmans. Mais le fait que l'autre personne qui a témoigné n'est pas musulmane ne me lie pas (...). Tout dépend de la façon dont j'ai entendu le témoin parler au tribunal, du témoignage qu'il a donné »¹⁰³⁰

Il est ici intéressant de relever que J.N.D. Anderson et le Kadhi de Lamu étaient d'accord sur le fait que les Kadhis doivent se conformer à l'*Evidence Act*, alors que l'article 2 de cette loi précise, au contraire, qu'elle régit les procédures de tous les tribunaux, à l'exception des cours de justice islamique¹⁰³¹. Les magistrats musulmans ne commettent donc pas de faute lorsqu'ils ne respectent pas les règles générales en matière de recueil des preuves, sauf s'ils ne se conforment pas aux deux restrictions de l'article 6 du *Kadhis' Courts Act* indiquées

¹⁰²⁸ « *the Qādīs could not, from their training, education and background, follow the Evidence Act, even if they wished, and partly because it is in any case against their consciences to do so* ». ANDERSON, J.N.D., 1970, *op. cit.*, p. 100.

¹⁰²⁹ « *When reminded that the Evidence Act was supposed to govern all their proceedings, the Kenya Qādīs merely chuckle* », *Ibid.*, p. 100.

¹⁰³⁰ « *We have the Evidence Act, Cap. 80 (...). For example, we are not supposed to discriminate any witness, either he is a man or a woman, either they are Muslims or not (...). If they have any piece of information that might give some light to the court, then why should I not hear them ? (...) But if we go according to Islamic rules of evidence, I have to give preference to a Muslim. But the fact that the other one who has given evidence is not a Muslim does not bind myself (...). It depends how I heard the witness talking to the court, the evidence he gave* ». Entretien réalisé à Lamu, le 5 mars 2007.

¹⁰³¹ L'article 2 de l'*Evidence Act* dispose : « *This Act shall apply to all judicial proceedings in or before any court other than a Kadhi's Court but not to proceedings before an arbitrator* ».

précédemment. Certains Kadhis, cependant, ne paraissent toujours pas très à l'aise avec cette limitation, car elle demeure contraire aux principes islamiques. Abubakar Bwanakai, a par exemple avoué que, d'après lui, la règle selon laquelle les magistrats musulmans ne doivent pas opérer de distinction entre les témoins pour des motifs de sexe ou de religion va à l'encontre des usages coraniques. Dans l'islam, les témoins doivent en effet être des musulmans dont la sincérité ne peut être remise en cause et ils doivent impérativement être deux hommes ou un homme accompagné de deux femmes¹⁰³². De même, Rashid Ali Omar, le Kadhi de Kisumu a affirmé :

« Il nous est très difficile de recueillir le témoignage de non musulmans, parce que l'affaire elle-même est de nature islamique. La loi dit que nous ne devrions pas opérer de distinction entre les témoins, qu'ils soient musulmans ou non. Mais dans un sens, la loi est mauvaise »¹⁰³³

Le magistrat a poursuivi en reconnaissant que, si un non musulman se présentait au tribunal, il recueillerait sa déposition mais ne lui ferait pas autant confiance qu'à un musulman, non pas tant parce qu'il le soupçonnerait d'être plus à même de mentir, mais simplement parce qu'il estime qu'une telle personne ne comprendrait pas les motifs et les implications de son témoignage au regard de la loi coranique.

En revanche, dans le cas d'un mariage, il demeure nécessaire que les témoins soient de confession islamique. Un incident a d'ailleurs eu lieu à ce propos le 9 novembre 2006, au tribunal de Kadhi de Malindi lorsque, après que celui-ci ait entériné une union matrimoniale, il s'est révélé que l'un des témoins était en réalité chrétien. Une autre personne a alors été appelée et le mariage a été solennisé une seconde fois. Si, excepté ce cas, l'audition de témoins non musulmans ne pose pas de problème à la plupart des Kadhis, il n'en est pas toujours de même avec les justiciables, qui considèrent souvent le tribunal de Kadhi comme une institution exclusivement réservée à leurs coreligionnaires. Le 17 mai 2007, lors d'une audition auprès du Kadhi de Mombasa, un témoin de confession chrétienne a ainsi été invité, dans une affaire concernant des problèmes matrimoniaux. L'audition de cette personne n'a soulevé aucune objection de la part du magistrat, en revanche, cela a provoqué la colère du plaignant qui, affirmant que lui-même et son ex-épouse étaient musulmans et s'étaient

¹⁰³² Entretien réalisé à Kisumu, le 20 mars 2006.

¹⁰³³ « *It is very difficult for us to hear non Muslim witnesses, because the case itself is of Islamic nature. The law says that we should not differentiate between the witnesses, either they are Muslims or not. But in a sense, the law is wrong* ». Propos recueillis à Kisumu, le 12 février 2007.

présentés devant le tribunal de droit coranique, il ne comprenait pas pourquoi une personne d'une autre confession avait été invitée à témoigner¹⁰³⁴. Enfin, en ce qui concerne un aspect plus pratique, les modalités d'audition des tiers, la majorité des Kadhis font au préalable prêter serment sur le Coran. Mais le Kadhi de Lamu témoigne d'une attitude originale puisqu'il utilise la même procédure que dans les autres tribunaux civils, en faisant simplement invoquer la Loi et non pas le Livre Sacré. Interrogé sur cette habitude peu fréquente chez les magistrats de droit musulman, Ismail A. Abdallah a expliqué qu'il n'est pas obligatoire que les parties prêtent serment sur le Coran, même si la loi applicable est basée sur ce Livre. Il a précisé que le fait de se référer au Coran ne recouvrait aucune signification particulière à ses yeux, cela ne prouvant en aucun cas que les individus seront plus enclins à dire la vérité¹⁰³⁵. De ce point de vue, la marge d'appréciation des juges paraît assez large, une liberté qui se perçoit encore dans l'élaboration des verdicts.

3) Le pouvoir discrétionnaire du Kadhi dans l'élaboration de son jugement : la nécessité d'une codification du droit islamique.

Quand il analyse la notion de droit selon Max Weber, Bryan S. Turner souligne que, pour le sociologue allemand, il existe quatre type-idéaux de droit, dont les deux conceptions les plus opposées sont le droit rationnel et le droit irrationnel. Le Kadhi représenterait, d'après le sociologue, l'exemple type de juge de droit irrationnel et autonome, établissant ses jugements en fonction de ses propres sentiments, sans se référer à aucun principe normatif et sa justice ne connaissant « *aucune 'règle de décision' rationnelle* »¹⁰³⁶. De manière générale, comme le souligne Laurence Rosen dans une étude portant sur le tribunal de Kadhi de la ville de Sefrou, au Maroc, les chercheurs occidentaux ayant étudié le travail du magistrat musulman insistent sur son absence de rigueur doctrinale et sur sa relative discrétion. Le Kadhi est donc souvent perçu comme un homme exerçant la justice selon sa propre conception des choses et pouvant élaborer son jugement comme il l'entend, sans toujours se référer à des règles strictes¹⁰³⁷. En droit islamique pur, il est vrai qu'il n'existe pas de doctrine de l'autorité du précédent et, ainsi que le rapporte J.N.D. Anderson, le Caliphe Omar est

¹⁰³⁴ Audition du Civil Case 177/2005, le 17 mai 2005, à Mombasa.

¹⁰³⁵ Propos recueillis hors entretien, Lamu, le 5 mars 2007.

¹⁰³⁶ « ... *informal judgements rendered in terms of concrete ethical or other practical valuations (...) Kadi-justice knows no rational 'rules of decision' (Urteilsgründe) whatever* ». Citation tirée de WEBER, M., *Economy and Society*, 1986, Vol. 3, p. 976 et citée dans TURNER, B.S., *Ibid., Weber and Islam*, London : Routledge & Kegan Paul, 1974, p. 109.

¹⁰³⁷ ROSEN, L., 1989, *op. cit.*, pp. 18-19.

crédité de la citation selon laquelle, après avoir formulé un verdict contraire à une autre décision qu'il avait rendue sur un cas similaire, il avait déclaré : « *Il est mieux de retourner à la vérité que de persister dans l'erreur* »¹⁰³⁸. Le problème consiste donc ici à réfléchir à la manière dont un tel système d'administration du droit peut être compatible avec les principes de la justice rationnelle, dominants dans les sociétés contemporaines.

Pourtant, le système islamique fonctionne selon une logique et un ordre qui lui sont propres. Le droit musulman repose sur quatre éléments officiels : le Coran, la Sunna du Prophète¹⁰³⁹, le consensus des savants (*Ijma'*) et le raisonnement par analogie (*Qiyas*)¹⁰⁴⁰. Toutefois, certains contenus de nature juridique du Coran étant insuffisants pour régler l'ensemble des questions de droit, un *Tafsir* (exégèse musulman) du Coran devint nécessaire pour expliciter plusieurs passages peu précis¹⁰⁴¹. Le type et la méthode de *Tafsir* créèrent alors plusieurs écoles de droit, ou rites, appelés *Madhhab*. Dans l'islam sunnite, il en existe aujourd'hui quatre majeures, résultant des différentes conceptions des penseurs musulmans. De nombreux versets du Coran et plusieurs *Hadiths* sont consacrés à la famille, le tout formant une réglementation très complète du mariage, sur laquelle les magistrats musulmans peuvent facilement baser leurs jugements, même s'ils le font selon des modalités diverses.

La logique du droit islamique demeure donc assez différente de celle du droit général, ce qui explique pourquoi la plupart des magistrats séculiers ne comprennent pas le fonctionnement du tribunal de Kadhi et lui reprochent son caractère trop informel. De même, la manière dont les magistrats de droit coranique élaborent leurs décisions paraît spécifique, le raisonnement du Kadhi ne reposant pas sur des précédents, mais plus sur une évaluation des conséquences. C'est pourquoi il peut être reproché au tribunal son manque de rigueur puisque, dans des situations similaires, les Kadhis peuvent rendre des jugements différents. Conscients de cette lacune, des magistrats, en collaboration avec *Muslims for Human Rights* (MUHURI), une organisation non gouvernementale basée à Mombasa, ont d'ailleurs mis en œuvre un projet pour une codification du droit islamique au Kenya.

¹⁰³⁸ « *It is better to return to the truth than to persist in error* ». ANDERSON, J.N.D., 1970, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰³⁹ La Sunna du Prophète est formée par l'ensemble des *Hadiths*, c'est-à-dire les récits rapportant des décisions ou des paroles attribuées à Mahomet.

¹⁰⁴⁰ SCHACHT, J., 1999, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰⁴¹ Le *Tafsir* est plus une explication de texte qu'une exégèse au sens où on l'entend pour les textes bibliques, car il n'y a pas de critique littéraire ni de recherche des sources du texte. Le texte coranique est censé être dans une langue arabe parfaite et avoir pour auteur Dieu lui-même.

a. Des applications diverses du droit coranique dans les jugements.

Dans sa thèse consacrée aux tribunaux de Kadhis à Zanzibar, l'anthropologue Erin Stiles suggère que les décisions des Kadhis ne peuvent être comprises en ne tenant compte que des règles de droit islamique et sans considérer les normes culturelles ou la position particulière de ces institutions et de leurs juges¹⁰⁴². Pourtant, au Kenya, la situation apparaît différente, dans la mesure où la plupart des magistrats insistent sur le fait que leur mandat consiste exclusivement à trancher des litiges en fonction de la loi musulmane. Cependant, si les décisions des Kadhis se basent sur les sources du droit islamique seules, de façon historique, l'existence de diverses écoles juridiques dans l'islam sunnite aurait pu constituer une source de problèmes, les jugements des Kadhis devant, en théorie, être rendus selon la doctrine de l'école à laquelle ils appartiennent¹⁰⁴³. En réalité, comme l'expliquent Louis Milliot et François-Paul Blanc, la difficulté fut contournée par l'énonciation de plusieurs principes fondamentaux¹⁰⁴⁴. Par exemple, lors d'un conflit, si les parties sont de rites différents et si le Kadhi maîtrise les règles des deux écoles de pensée, alors le choix du droit qui sera appliqué appartient au défendeur. En outre, le magistrat, une fois désigné pour juger en fonction d'un rite déterminé, doit s'en tenir à cet usage précis. Enfin, l'affaire tranchée selon une école choisie au préalable ne peut être soumise à un autre juge pour être examinée en fonction de règles différentes. De plus, les diverses écoles de pensée ne proposent pas d'interprétations radicalement différentes et partagent même un certain nombre de principes généraux : le mariage est régi par le rite du mari, les enfants suivent l'école de leur père et la loi applicable en matière d'héritage est celle du défunt.

De nos jours au Kenya, l'appartenance à une *Madhhab* particulière n'est plus aussi importante. Au contraire, la totalité des Kadhis rencontrés ont assuré ne pas se rattacher à une école spécifique, mais pouvoir se référer à n'importe laquelle d'entre elles, en fonction de ce qui leur paraît le plus juste pour les parties concernées. Certes, en Afrique de l'Est, le rite chaféite est dominant, mais la plupart des Kadhis ont affirmé ne pas se sentir liés par un droit de la famille spécifique et ne pas demander aux parties leur école de pensée. En revanche tous, dans leurs décisions, disent se référer exclusivement au droit coranique, même s'ils ne le font pas tous de manière aussi évidente. Certains peuvent par exemple se montrer parfois

¹⁰⁴² STILES, E., 2002, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁴³ SCHACHT, J., 1999, *op. cit.*, p. 162.

¹⁰⁴⁴ MILLIOT, L. et BLANC, F.-P., 1987, *op. cit.*

assez souples sur le respect des principes coraniques et, au sujet des questions de garde des enfants, déjà évoquées, le Chief Kadhi a expliqué ne pas interpréter les règles contenues dans le Coran de manière rigide :

« Nous sommes employés pour appliquer le droit islamique, c'est la raison pour laquelle nous sommes ici. Mais certaines personnes interprètent la loi musulmane de façon étroite. Par exemple, en ce qui concerne les questions de garde des enfants, certains vous diront que lorsque l'enfant atteint l'âge de sept ans et s'il est un garçon, il devrait être placé sous la tutelle de son père. Mais nous ne considérons pas les choses de cette manière. Nous jugeons en fonction du bien-être de l'enfant, parce que c'est également ce que la Charia met en avant. Si l'enfant souffre s'il vit avec son père, alors nous ne le donnerons pas au père, mais nous dirons qu'il doit rester avec sa mère. Nous respectons toujours le droit musulman, mais nous pouvons parfois être en désaccord avec certains lettrés qui l'interprètent d'une façon stricte. Nous essayons de considérer les choses d'une manière ouverte, afin d'appliquer la justice et d'être certains que le bien-être des enfants est assuré »¹⁰⁴⁵

Parmi tous les Kadhis rencontrés, seul Abdulhalim Hussein Athman, en poste à Kwale, a concédé juger le plus souvent selon la doctrine chaféite. Cependant, il a précisé ne pas le faire systématiquement et parfois choisir en fonction de l'opinion la plus répandue¹⁰⁴⁶. En outre, il est rare que, dans leurs jugements, les Kadhis mentionnent une école sunnite particulière, limitant le plus souvent leurs références à des versets coraniques. Ceci a toutefois été observé dans un verdict prononcé par le magistrat de Lamu, dans une affaire de divorce (*Civil Suit 26/2006*). Il s'agissait d'un couple, marié en mars 2005, selon les règles du droit islamique, et qui s'était accordé sur une dot de 7,000 Shillings, qui n'avait pas été payée. La femme avait déposé plainte au motif que son époux n'était pas en mesure de lui fournir des vêtements ou un logement salubre. Elle avait expliqué être enceinte et que, en l'absence du soutien financier que son époux devrait lui fournir, elle demandait la dissolution de leur mariage, le paiement de sa dot, l'entretien pour sa période d'*Edda* et divers autres frais. Pour sa défense, le prévenu avait nié les allégations de la plaignante en bloc et expliqué avoir répudié sa femme, en ne prononçant toutefois que deux *Talaka*, signifiant qu'il pouvait revenir sur sa décision. Concernant l'entretien, Ismail A. Abdallah a expliqué dans son jugement :

¹⁰⁴⁵ « *We have been employed to apply Islamic law, that is the reason we are here. But people take Islamic law in a narrow manner. For instance, when it comes to cases of custody of children, they will tell you when the child reaches seven years old and if he is a male child, he should be handed over to the father. But we do not take it that way. We say that we will look at the welfare of the child, because it is also what is stressed in our Sheria. So, if the child will be harmed if he stays with the father, we will not give him to the father, but we will say he should stay with the mother. So, we are still following the Islamic Law, also we may disagree with some scholars who look at it in a narrow-minded manner. We try to look at it in an open way, so as to apply justice and to make sure that the welfare of the children are taken care of* ». Entretien réalisé à Mombasa, le 2 octobre 2006.

¹⁰⁴⁶ Entretien réalisé à Kwale, le 21 mai 2007.

« En ce qui concerne la question (e), à savoir si la plaignante a le droit à d'autres aides, le tribunal remarque que le couple a divorcé pour la seconde fois, ce qui signifie que ce divorce est révocable. Il est écrit dans le livre "*A Code of Muslim Personal Law*", Vol. 1 par le Dr. Justice Tanzil-ur-Rahman en page 282 que : 'Une épouse a le droit à l'entretien durant sa période de mise à l'écart (*Edda*) faisant suite à un divorce, que le divorce soit révocable ou non'. L'Imam Shafii, cependant, ajoute qu'elle n'a droit à l'entretien que si elle a été répudiée de manière révocable. Le tribunal releva précédemment que le couple divorça de façon révocable, ce pourquoi la plaignante a le droit à entretien durant sa période de mise à l'écart »¹⁰⁴⁷

Bien que les diverses écoles juridiques diffèrent peu sur le fond, il existe certaines nuances. Toujours sur le thème du divorce, selon certains rites, le fait de prononcer trois fois *Talaka* en un même lieu n'équivaut qu'à une seule répudiation, alors que pour d'autres écoles, cela correspond bien à trois *Talaka*. La différence peut sembler minime, mais elle est lourde de conséquences, puisque seule une répudiation prononcée trois fois est irrévocable¹⁰⁴⁸. De même, certaines écoles de pensée estiment qu'une femme enceinte ne peut pas se marier avant d'avoir accouché, alors que d'autres considèrent qu'une femme qui n'a jamais été mariée peut contracter une union matrimoniale à tout moment, même si elle est enceinte. Dans tous les cas, chaque Kadhi demeure libre d'apprécier la situation en fonction de sa propre perception des choses, de ses origines ou bien de son éducation. C'est pourquoi, comme l'ont expliqué Hammad Kassim, le Chief Kadhi, et Hussein Khalid, de l'ONG MUHURI, un travail a été entamé pour harmoniser la loi, afin qu'à des situations semblables s'appliquent des décisions similaires.

b. Le travail des Kadhis et de MUHURI en vue d'une codification du droit coranique.

L'idée d'une codification du droit personnel repose sur la volonté de prévenir les difficultés d'une mauvaise application de la loi musulmane, dans des situations où les magistrats sont susceptibles de se référer à des interprétations différentes. Au Kenya, l'initiative à ce sujet vient s'ajouter au projet d'élaboration de normes de procédure spécifiques aux juridictions kadhiales. Les deux programmes témoignent du souci, nouveau,

¹⁰⁴⁷ « Referring to issue (e) if the plaintiff is entitled to other relief, the court notes that the couple divorced for the second time, which divorce is revocable. It is provided in the book "*A Code of Muslim Personal Law*", Vol. 1 by Dr. Justice Tanzil-ur-Rahman on page 282 that : 'A wife is entitled to maintenance during her period of probation (*Eddah*) due on divorce, whether the divorce is revocable or irrevocable...'. Imam Shafii, however, adds that she is entitled to maintenance only if she has been revocably divorced. As the court noted earlier that the couple revocably divorced, hence the plaintiff is entitled to maintenance during the probation period ». Pour la totalité du jugement, voir l'annexe 14.

¹⁰⁴⁸ La *Talaka*, ou répudiation unilatérale à l'initiative du mari, peut-être révocable ou irrévocable. Une *Talaka* révocable ne dissout pas le mariage jusqu'à la fin de la période d'*Edda* et peut à n'importe quel moment de cette période être annulée. Lorsque trois *Talaka* sont prononcées, le divorce est irrévocable.

de réformer et moderniser la manière dont les tribunaux de Kadhis exercent la justice, afin de les rendre plus formels et mieux à même de servir les justiciables. Ainsi, en septembre 2007, une conférence de deux jours a été organisée à Nairobi, à l'initiative du Centre Culturel Iranien. Le Chief Kadhi et des lettrés originaires de divers pays musulmans y ont, entre autres, participé¹⁰⁴⁹. Le thème principal portait sur l'unité dans l'islam, avec pour ambition majeure de rapprocher les différentes écoles de pensée. À une échelle plus réduite, Hussein Khalid, de l'ONG MUHURI a confié que son association, en collaboration avec les Kadhis, a entrepris un travail pour codifier le droit islamique au Kenya. D'après lui, le principal problème des juridictions kadhiales concernait l'absence de coordination entre les différents tribunaux islamiques ce qui, dans le cas d'affaires similaires, peut provoquer des jugements totalement opposés, en fonction de la personnalité ou de l'humeur du magistrat :

« Par exemple, le Kadhi se lève ce matin, il a une dispute avec sa femme, il vient au bureau et il y a une affaire avec une femme qui a fait la même chose que ce qui lui est arrivé, alors il décide que les femmes sont mauvaises. En droit commun, il est prévu que si une personne commet un vol, elle encourt trois ans d'emprisonnement ou une amende n'excédant pas 10.000 Shillings. Le magistrat sait donc que si une personne est coupable, ceci est la sanction qui devra s'appliquer à son cas et qu'il ne peut pas en décider autrement parce que la loi est très claire. Mais dans les tribunaux de Kadhis, les choses ne sont pas comme ça. Pour le même type d'affaire, vous pouvez trouver un jugement totalement différent ici à Mombasa et à Nairobi »¹⁰⁵⁰

Il a confié que, à l'initiative de MUHURI, du *Council of Imam and Preachers of Kenya* et du Chief Kadhi, plusieurs juges de droit musulman ont été conviés à élaborer un projet visant à établir un droit islamique codifié. Hussein Khalid a affirmé que le manque de collaboration entre les Kadhis dans la manière dont ils rendent la justice résultait de l'existence de magistrats issus des différents rites juridiques et qu'il serait préférable qu'il existe une « école de pensée kenyane », afin que tous les Kadhis, quel que soit leur rite, élaborent des jugements

¹⁰⁴⁹ La conférence s'est tenue les 1^{er} et 2 septembre 2007. À l'issue d'une conférence de presse qui a eu lieu le 2 septembre, les leaders musulmans ont, par exemple, mis l'accent sur la nécessité pour toutes les écoles de pensée d'ignorer leurs différences et de se concentrer plutôt sur ce qu'elles avaient en commun. Le *Chief Kadhi* a alors fait remarquer que tous les Kadhis du Kenya avaient participé aux discussions et mis en avant la nécessité que ceux-ci connaissent les différentes écoles de pensée. Compte-rendu de la conférence de presse obtenu auprès du Centre Culturel Iranien, à Nairobi.

¹⁰⁵⁰ « *For instance, the Kadhi wakes up today in the morning, he has a quarrel with his wife, he comes to the office and there is a case with a woman who has done the same thing that has happened to him, so he decides that women are very bad. In statutory law, it says that if a person steals, it is three years imprisonment or a fine not exceeding ten thousand Shillings. So, the magistrate knows that if a person is guilty, that is the sanction that he will apply to her and he cannot decide otherwise, because the law is very clear. But in the Kadhi's Court, it is not like that. For the same type of case, you can find a completely different judgment here in Mombasa and in Nairobi* ». Entretien réalisé à Mombasa, le 16 janvier 2006.

similaires pour des cas identiques¹⁰⁵¹. Hussein Khalid a souligné l'importance pour les Kadhis d'être liés par certaines règles, étant donné qu'ils sont avant tout des officiers judiciaires, même s'ils ne servent que les musulmans :

« Le problème de la situation actuelle est qu'elle donne aux Kadhis le pouvoir de choisir entre différentes règles, mais ils ne devraient pas avoir le droit d'agir ainsi. Lorsque vous vous rendez auprès d'un tribunal de droit commun, le juge n'est pas toujours satisfait de la loi, mais il n'a pas le choix, il doit appliquer la loi. Il devrait en être de même avec les tribunaux de Kadhis. Nous souhaitons que la loi soit standardisée parce qu'ils sont des officiers du judiciaire, pas des officiers des musulmans, ils devraient donc être liés par certaines règles. Les Kadhis sont originaires de diverses régions, ils peuvent avoir étudié dans des pays différents et ils n'ont donc pas la même conception du droit islamique (...). Mais sur toutes les questions, nous voulions trouver un accord qui serait progressiste »¹⁰⁵²

Hussein Khalid a encore confié que le travail de codification portait sur six thématiques principales : le mariage, le divorce, l'héritage, le bien-être des enfants, les questions économiques et les questions juridiques et constitutionnelles. Lors de ces travaux, sept Kadhis étaient présents : ceux de Mombasa, Garissa, Malindi, Nakuru, Lamu et Eldoret, ainsi que le Chief Kadhi. Des femmes ainsi que des lettrés musulmans ont aussi participé à ces réunions.

Chacun des six thèmes a été discuté par un panel et des recommandations ont été dégagées. D'après Hussein Khalid, ce travail s'est révélé très productif et certains points sur lesquels les Kadhis et les lettrés musulmans se sont mis d'accord représentaient de véritables innovations, allant à l'encontre de la pratique musulmane traditionnelle et de l'idée selon laquelle le droit islamique serait figé et fermé à toute évolution. Ils ont, par exemple, convenu qu'en matière de mariage, une fille ne devrait pas pouvoir se marier avant d'avoir atteint sa majorité. Sur un autre thème, Hammad Kassim, également interrogé sur la question, a expliqué que d'après l'école chaféite, dominante au Kenya, le fait de prononcer trois *Talaka* au même moment équivaut à un divorce irrévocable. Or, une telle interprétation favorise la multiplication des divorces et il a donc été décidé que, sur ce sujet, les Kadhis devraient plutôt se conformer à l'école de pensée hanbalite. En revanche, en matière de mariage, le Chief

¹⁰⁵¹ Entretien réalisé à Mombasa, le 13 décembre 2006.

¹⁰⁵² « *The problem with the current situation is that it gives Kadhis power to choose between different rules, but they should not be able to do so. When you go to a secular court, the judge might not be happy with the law, but he has no option, he has to apply the law. It should be the same with the Kadhis' Courts. We want the law to be standardised, because they are officers of the judiciary, they are not officers of the Muslims, so they should be bound by certain rules. The Kadhis are from different areas, they may have studied in different countries, so they do not always have the same conception of Islamic law (...). But on all the issues, we wanted to find an agreement that would be progressive* ». Entretien réalisé à Mombasa, le 13 décembre 2006.

Kadhi a avoué encourager les magistrats de droit musulman à se conformer à l'école de pensée chaféite, selon laquelle une femme qui n'a jamais été mariée peut l'être sans condition, même si elle est enceinte¹⁰⁵³. Tout comme ce qui concerne les règles de procédure, il ne s'agit pour l'instant que d'un projet, mais dont l'existence à elle seule révèle cette volonté de donner aux tribunaux de Kadhis une image plus moderne et plus dynamique. Pourtant, au-delà du projet, les choses évoluent plutôt lentement. Selon les dires d'Hussein Khalid, ces travaux devaient donner lieu à la publication d'un fascicule récapitulant les points sur lesquels les divers participants s'étaient mis d'accord et censé guider les magistrats dans leur application du droit musulman. Mais dans les faits, toutes les tentatives pour obtenir le document en question, auprès de divers Kadhis et d'Hussein Khalid lui-même, sont restées vaines. Enfin, au-delà de la seule volonté d'harmoniser le droit islamique tel que pratiqué au Kenya, la question revêt un enjeu politique de taille puisqu'il ne s'agit pas tant d'aboutir à une synthèse des différentes écoles de pensée que de déterminer, pour des cas précis, laquelle d'entre elles serait la mieux adaptée à la population musulmane dans le Kenya contemporain. Par ailleurs, le fait que tous les Kadhis n'ont pas été invités à participer aux travaux révèle certaines hiérarchies et rapports de pouvoir entre les différents magistrats, d'autant plus que les critères de sélection des Kadhis ayant participé à l'étude n'ont pas été révélés. Dans tous les cas, l'initiative peut être louée, à condition qu'elle aboutisse concrètement. Elle permettrait une homogénéisation des pratiques des juges de droit musulman, nécessaire parce que les justiciables, eux aussi, ont des usages et des stratégies variables dans leur recours aux tribunaux.

¹⁰⁵³ Entretien réalisé à Mombasa, le 2 octobre 2006.

CHAPITRE QUATRE

LES ACTEURS FACE AU DROIT : UN USAGE STRATEGIQUE DU TRIBUNAL ?

Si le mode de fonctionnement de la justice islamique semble particulier, son analyse ne doit pas occulter la manière dont ce droit et dont les tribunaux chargés de l'appliquer sont utilisés par les musulmans¹⁰⁵⁴. Une étude des juridictions kadhiales ne peut, en effet, faire abstraction de l'examen du jeu des acteurs. Même si elles ne font que peu de place à l'islam¹⁰⁵⁵, les conceptions de l'anthropologie juridique rappellent ainsi que l'étude du droit se fait aussi à travers l'observation des pratiques des justiciables et l'examen des représentations qui les sous-tendent¹⁰⁵⁶. Or, ces dernières dépendent, certes, des règles formelles et des normes générales, mais aussi des manières de faire ou modèles coutumiers, et des modes d'agir et de penser hérités de notre habitus¹⁰⁵⁷. En outre, dans un contexte où existent diverses législations concurrentes, les justiciables « *savent détourner et contourner, adhérer sélectivement* »¹⁰⁵⁸. Comme le souligne Bernard Botiveau au sujet des pays arabes du Proche-Orient, les citoyens savent « *jouer tantôt sur le statut communautaire (par exemple dans le cas de changement de religion, fréquent dans les affaires de statut personnel) et tantôt sur la citoyenneté (en apprenant à se servir des différentes juridictions reconnues par les États, tribunaux mixtes, nationaux, islamiques et de juridictions coutumières qui n'étaient pas toujours officiellement reconnues)* »¹⁰⁵⁹. De même, la situation kenyane apparaît complexe pour les musulmans puisque, autorisés à se conformer au droit religieux dans le domaine du statut personnel, ils appartiennent à des cultures diverses qui possèdent des conceptions variées du droit, tout en demeurant citoyens kenyans, à même de se référer aux lois

¹⁰⁵⁴ Il s'agit donc ici d'étudier les modes d'utilisation du droit et des tribunaux de Kadhi. Voir à ce sujet l'introduction de Gerti HESSELING et Étienne LE ROY au Dossier de *Politique Africaine*, « Le Droit et ses pratiques », 1990, *op. cit.*, p. 2-11.

¹⁰⁵⁵ BLEUCHOT, H., 1990, *op. cit.*, p. 177.

¹⁰⁵⁶ L'analyse institutionnelle ne peut être séparée d'une recherche sur les usages du droit, faisant appel aux ressources de l'anthropologie juridique. ROULAND, N., 1988, *op. cit.*, pp. 169-170 ; BOTIVEAU, B., 1993, *op. cit.*

¹⁰⁵⁷ LE ROY, É., 1999, *op. cit.* Pour Pierre Bourdieu, le sens des pratiques humaines doit être recherché dans des principes générateurs définis par la notion d'habitus, et non par les seules normes explicites ou les règles formelles. L'*habitus* est envisagé comme principe de l'action des agents dans le monde social (BOURDIEU, P., « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, n° 64, pp. 40-44).

¹⁰⁵⁸ LE ROY, É., 2004, *op. cit.*, p. 179.

¹⁰⁵⁹ BOTIVEAU, B., 1990, *op. cit.*, p. 186.

nationales. Dans ce contexte d'interaction entre plusieurs systèmes de droit, les acteurs sont amenés à établir des hiérarchies circonstanciées, à donner des priorités, à procéder à du « *forum shopping* »¹⁰⁶⁰. Pourtant, dans certaines circonstances, les justiciables n'ont pas le choix de l'instance compétente et ils peuvent se voir contraints d'adopter un système plutôt qu'un autre, tout en conservant des pratiques diverses d'utilisation des juridictions qui s'offrent à eux. En bref, confrontés à un droit étatique hégémonique, ayant la possibilité de se conformer au droit islamique et appartenant à des groupes sociaux possédant leurs propres règles coutumières, les acteurs sociaux procèdent à des hiérarchisations et à des choix qu'il convient ici d'étudier.

Examiner les représentations, les discours et les pratiques des acteurs, ainsi que la manière dont les trois s'articulent, permet aussi de s'interroger sur la dimension identitaire et unificatrice du droit et sur la conception particulière que peuvent avoir les musulmans de leur loi propre et de celle de l'État. Car le droit étatique, d'inspiration britannique et souvent considéré comme peu familier, est le produit de l'homme, alors que le droit islamique, même s'il n'est pas toujours bien connu des fidèles, est d'origine divine et propre à la « communauté »¹⁰⁶¹. Le Coran, en tant que parole de Dieu, est, en effet, envisagé comme un code parfait, qui fournit des règles pour tous les aspects de la vie, et son autorité, complétée par celle de la Sunna, est considérée comme suprême¹⁰⁶². Le recours au tribunal de Kadhi représente donc un gage de respect des préceptes religieux car les fidèles savent que c'est uniquement auprès de cette institution qu'ils sont jugés en fonction de leur droit spécifique. Ainsi, la perception de la juridiction kadhiale par les musulmans reflète une certaine conception du rapport de la religiosité à la loi, exprimant la manière dont les individus se reconstruisent en fonction de l'imaginaire islamique. Toutefois, la pratique peut différer des représentations et il importe d'examiner les modalités concrètes du recours au tribunal de Kadhi. Si, dans les discours, cette institution est décrite comme essentielle, les musulmans ne l'utilisent pas à outrance ou ne la considèrent pas toujours avec respect et la façon dont ils s'y présentent ou s'y comportent peut varier. C'est pourquoi, il convient de dégager les

¹⁰⁶⁰ L'idée de *forum shopping*, qui s'est développée dans le cadre du droit international privé, désigne la faculté, pour un requérant, de choisir parmi les juridictions potentiellement compétentes celle qui répondra le plus favorablement à sa demande. Elle a été adaptée pour désigner le comportement des justiciables qui font appel à des autorités divergentes jusqu'à ce qu'ils obtiennent le jugement souhaité. « Forum Shopping Reconsidered », *Harvard Law Review*, Vol. 103, n° 7, mai 1990, pp. 1677-1696 ; MERRY, S.E., 1988, *op. cit.*, pp. 869-896.

¹⁰⁶¹ En réalité, le droit islamique est en partie d'inspiration divine et en partie issu de la tradition.

¹⁰⁶² MILLIOT, L. et BLANC, F.-P., 1987, *op. cit.* Les deux auteurs soulignent que dans les pays occidentaux, la loi est une formule écrite, rendue obligatoire par l'autorité compétente et exprimant une règle de droit. En droit musulman, la Loi est une décision de Dieu.

caractéristiques sociologiques du public des tribunaux de Kadhi et d'analyser la manière dont les causes sont portées ou défendues devant le juge, tout en considérant les motifs, avancés, et sous-entendus, du recours à cette institution. De ce point de vue, l'image « idéale » que se font les fidèles du tribunal et l'attachement, sans doute sincère, qu'ils expriment pour cette institution peuvent différer de la façon concrète dont ils la considèrent après y avoir été personnellement confrontés.

D'un point de vue plus spécifique, les femmes musulmanes entretiennent un rapport singulier à la justice des Kadhis, puisqu'elles en représentent les principales utilisatrices. Le statut de la femme selon l'islam est un sujet bien documenté et ses droits sont largement discutés et même protégés dans le Coran, en dépit de certaines déviations par rapport à l'esprit du Texte, qui conduisent à des situations où elle se retrouve subordonnée¹⁰⁶³. Or, dans une société encore patriarcale, les tribunaux de Kadhi, décrits comme un lieu où les femmes se rendent pour obtenir justice, contribuent à la remise en question de la conception générale d'une femme musulmane dénuée de pouvoirs et opprimée par le droit islamique¹⁰⁶⁴. Ici, une analyse des requêtes et de la manière dont elles sont présentées permet de comprendre comment cette institution, toujours présidée par un juge de sexe masculin, apparaît essentielle à la protection des femmes, pour lesquelles le Kadhi devient un complice pour déstabiliser l'autorité masculine¹⁰⁶⁵. Pourtant, le rapport féminin à l'institution kadhiale est plus complexe qu'il n'y paraît et, si le recours à cette institution traduit sans aucun doute une certaine émancipation juridique de la femme musulmane, il confirme aussi son statut subalterne puisque celle-ci ne possède d'autre instance pour garantir le respect par son époux de ses obligations matrimoniales. En outre, dans un pays où le droit est caractérisé par son pluralisme et où les traits sociologico-ethniques de la population musulmane sont divers, le poids de la coutume n'est pas négligeable. Malgré l'islamisation –ou la christianisation– de la majeure partie de la population, certains traits culturels propres aux diverses ethnies conservent, en effet, une forte influence et, à chacune de ces appartenances collectives, correspondent des normes particulières et des modes spécifiques de règlement des

¹⁰⁶³ Sur les femmes et le droit islamique : ESPOSITO, J.L., *Women in Muslim Family Law*, Syracuse, New-York : Syracuse University Press, 1982 ; NASIR, J.L., *The Status of Women under Islamic Law and under Modern Islamic Legislation*, London : Graham and Trotman, 1990 ; ENGINEER, A.A., *The Rights of Women in Islam*, London : Hurst and Company, 1996.

¹⁰⁶⁴ Plusieurs études de cas insistent sur cet aspect. Sur l'Afrique orientale : HIRSCH, S.F., 1998, *op. cit.* ; STILES, E., 2002, *op. cit.*

¹⁰⁶⁵ BROWN, B.B., 1993, *op. cit.*, pp. 94-101. HIRSCH, S.F., 1998, *op. cit.*, p. 239.

différends¹⁰⁶⁶. Certes, le droit islamique jouit d'un potentiel unificateur, lié en grande partie à son origine religieuse, qui lui permettrait « *d'affirmer son aptitude à occuper en totalité et exclusivement le champ juridique* »¹⁰⁶⁷. Cependant, non seulement la coutume ('urf en arabe) a joué un rôle certain dans la « fabrication » du droit islamique, mais celui-ci accepte aussi les normes traditionnelles, lorsqu'elles ne sont pas jugées incompatibles avec ses propres préceptes. Or, le droit ne constitue pas un simple ensemble de règles exerçant un pouvoir coercitif sur les individus, mais comporte aussi une dimension culturelle, selon la façon dont les groupes sociaux conçoivent les relations sociales ou les moyens de déterminer la volonté et la justice. Système de pensée par lequel certaines formes de relations paraissent spontanées, le droit ne s'impose pas naturellement aux individus, mais doit avant tout correspondre aux valeurs de la société à laquelle il s'applique. Ainsi, dans des sociétés parfois très influencées par leurs coutumes ou islamisées de façon tardive, la force unificatrice de l'islam n'est pas totale. C'est pourquoi, à travers la manière dont les fidèles articulent la relation entre leurs traditions et le droit islamique, ils expriment aussi, plus ou moins consciemment, la façon dont ils vivent et produisent leur « islamité ».

Dans ce chapitre, ce sont donc les justiciables qui sont au centre de l'analyse, à travers leurs représentations et leurs pratiques, dans la façon dont ils utilisent les juridictions de droit musulman. Les jugements donnent des informations plus ou moins précises sur les plaideurs : dans la plupart des cas, outre leur nom, les dossiers de plainte indiquent leur lieu d'habitation, leur situation matrimoniale et leur nombre éventuel d'enfants. En fonction des affaires, d'autres données concernent parfois le lieu et la date du mariage, la situation familiale ou le nombre d'épouses. D'après les informations recueillies dans les dossiers consultés et au cours des entretiens réalisés, il est plus fréquent que les plaideurs soient originaires de la ville où siège le tribunal ou de ses environs proches, plutôt que de localités éloignées. Plus rares sont les renseignements concernant la situation socio-économique des plaideurs. En la matière, l'essentiel des données a été recueilli lors des entretiens. Sur vingt-cinq justiciables interrogés, seize l'ont été à Nairobi (onze femmes et cinq hommes), trois à Kisumu (deux hommes et une femme), trois femmes à Mombasa, une femme à Nyeri, une femme à Lamu et une femme à Nakuru¹⁰⁶⁸. Parmi ces personnes, sept étaient sans emploi (toutes des femmes, dont cinq à Nairobi, une à Lamu et une à Nakuru), quatre femmes étaient employées (toutes à Nairobi),

¹⁰⁶⁶ LE ROY, É., 2004, *op. cit.*, p. 260.

¹⁰⁶⁷ BOTIVEAU, B., 1990, *op. cit.*, pp. 181-192.

¹⁰⁶⁸ Cet échantillon sur-représente Nairobi, mais en raison de la configuration des différents tribunaux, c'est dans cette ville seule qu'il était relativement aisé de réaliser des entretiens avec des justiciables.

cinq étaient travailleurs indépendants (trois hommes, dont deux à Nairobi et un à Kisumu et deux femmes de Nairobi), une femme était étudiante (Nairobi) et une femme était fonctionnaire (Nairobi). Cinq autres personnes (quatre femmes, dont deux de Mombasa, une de Nairobi, une de Nyeri et un homme de Kisumu) n'ont pas révélé leur statut. Au vu de ce petit échantillon, le public des tribunaux de Kadhi apparaît assez mixte, ce qui a été confirmé lors de la présentation des affaires au tribunal. Les personnes interrogées parlaient toutes anglais, certes à des degrés variables, mais prouvant qu'elles avaient au moins reçu une éducation de premier degré. Cependant, en dehors de Nairobi, au cours des séances du tribunal, de nombreuses personnes ne s'exprimaient qu'en swahili ou dans leur langue vernaculaire.

Il s'agit ici à la fois d'étudier la fréquence du recours aux tribunaux de Kadhi et les motifs pour le justifier, mais aussi d'identifier le type de public qui utilise en majorité ces juridictions et l'attitude qu'il adopte face au Kadhi. L'objectif est également d'analyser la manière dont les justiciables articulent leur identité musulmane à leur qualité de citoyen kenyan ou de membres de communautés particulières, la façon dont ils jonglent, consciemment ou non, entre les divers types de normes et de systèmes de résolution des conflits qui s'offrent à eux. In fine, l'ambition est de comparer les discours sur l'institution et la manière dont elle est utilisée.

I- Des motifs variés de recours au tribunal.

Lors de ma première visite au tribunal de Kadhi de Nairobi, j'ai été surprise lorsque Lucy, la secrétaire, de confession chrétienne, m'a demandé si je m'adressais à cette institution pour demander un divorce. Après lui avoir expliqué le véritable objet de ma démarche, elle m'a confié « *les gens viennent ici juste pour se marier et divorcer* »¹⁰⁶⁹. Certes, ces propos émanaient d'une non musulmane, ne connaissant donc pas forcément les attributions du magistrat de droit islamique. Cependant, travaillant avec celui-ci et étant confrontée au quotidien avec les fidèles fréquentant le tribunal, sa pensée ne pouvait que refléter une certaine réalité. En fait, les choses sont plus complexes et, quelques jours plus tard, une première lecture sommaire des registres tenus par le magistrat nuançait les propos de Lucy. À titre d'exemple, pour l'année 2004, sur les 147 affaires qui avaient été soumises, 70

¹⁰⁶⁹ Propos recueillis le 26 octobre 2005.

concernaient une demande de divorce, soit environ la moitié des cas. Malgré tout, l'image que se fait Lucy de l'institution n'est pas totalement fausse, puisque les autres affaires étaient en majorité liées à une procédure de divorce, tenant pour la plupart à des demandes de pension alimentaire, de garde des enfants, ou de paiement de droits issus du mariage non encore satisfaits.

Bien qu'il n'existe que pour les musulmans et malgré l'unanimité des fidèles pour le défendre et le conserver, le tribunal de Kadhi n'est pas une institution qui fait partie de la vie quotidienne de tout fidèle, à la différence de la mosquée ou même de l'école coranique. C'est un lieu où les musulmans se rendent lorsqu'ils ont un problème à résoudre. Cour de justice par nature, le tribunal de Kadhi est aussi un espace dont l'utilisation est optionnelle, que les musulmans emploient lorsqu'ils l'estiment utile ou inévitable, bien souvent lorsqu'une décision judiciaire reste leur dernière solution. De ce fait, le recours à ces institutions peut varier et les fidèles se réfèrent souvent en premier lieu à des modes informels pour résoudre leurs différends matrimoniaux. En termes quantitatifs, les cours de justice islamiques sont plus sollicitées dans les zones où vit une importante population musulmane mais, de façon qualitative, le type de litige varie aussi parfois selon les localités.

En comparaison avec la plupart des droits coutumiers en vigueur au Kenya, le droit islamique semble plutôt protecteur des droits de la femme, alors que l'engagement des Anciens ou le recours aux normes traditionnelles pour la résolution des conflits tendent à les désavantager. Celles-ci préfèrent souvent se rendre auprès du Kadhi dans l'espoir d'obtenir un divorce ou dans le but de faire valoir leurs droits¹⁰⁷⁰. D'un point de vue statistique, il est, en effet, incontestable que les femmes sont les premières utilisatrices du tribunal de Kadhi, représentant entre 69 et 98% des plaignants dans les institutions les plus actives¹⁰⁷¹. Ceci est confirmé par le sentiment souvent exprimé selon lequel le tribunal de Kadhi favoriserait les femmes plus que les hommes¹⁰⁷². Il est donc intéressant d'évaluer dans quelle mesure cette juridiction tend à protéger les épouses et les mères plus que leurs maris et en quoi le tribunal

¹⁰⁷⁰ C'est ce qu'explique Ahmed Yassin, au sujet de la Côte Nord du Kenya, « The Changing patterns and structures of settling disputes among the Swahili of Kenya », Paper given at the fifth Anglo-French Swahili Workshop, School of Oriental and African Studies, London, September 2001, cité dans CAPLAN, P., « Introduction », in CAPLAN, P. et TOPAN, F., *Swahili Modernities. Culture, Politics and Identity on the East Coast of Africa*, Trenton : Africa World Press, p. 12.

¹⁰⁷¹ Pour établir cette statistique, n'ont été considérés que les tribunaux de Nairobi, Mombasa et Garissa, où le nombre d'affaires est supérieur à 100 par an. À Nyeri, certaines années, plus de la moitié des plaintes avaient été déposées par des hommes. Pour le détail des tous les tribunaux visités, se référer à l'annexe 17.

¹⁰⁷² C'est un sentiment qui a été exprimé par plusieurs interlocuteurs, qu'ils soient de sexe masculin ou féminin.

de droit musulman donne aux femmes un pouvoir et une autonomie de décision dans la gestion de leur vie matrimoniale. De façon plus générale, la manière dont elles l'utilisent et se présentent devant cette institution permet de discuter, infirmer ou nuancer un certain nombre de conceptions sur le statut de la femme musulmane. Dans des sociétés islamiques en mutation et dans un contexte bien éloigné des images d'épouses confinées dans la sphère domestique, les femmes musulmanes s'affirment de plus en plus dans leur vie professionnelle et sociale¹⁰⁷³ et leur recours au tribunal de Kadhi pourrait participer de cette tendance. Mais l'image de Kadhis rendant des jugements plus favorables aux femmes ne doit pas faire oublier le fait que les maris ont des « pouvoirs » extrajudiciaires sur leurs épouses. Cette complexité du rapport des femmes au droit islamique et aux tribunaux de Kadhi est aussi importante à dégager.

1) Une solution de dernier recours dans la hiérarchie des modes de résolution des différends.

Dans la sourate « Les Femmes » (*An-Nisa*), il est écrit : « *Si vous craignez le désaccord entre les deux [époux], envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux* » (4 : 35). Ainsi, Fatma Hyder, une activiste musulmane rencontrée à Nairobi a expliqué que, dans le cas d'un problème familial, trois étapes se succèdent :

« Dans l'islam, nous avons trois étapes pour résoudre nos problèmes. En tout premier lieu, vous devez parler. Si c'est un problème matrimonial, vous devez parler avec votre époux et chercher une solution au sein du couple. L'étape suivante implique des membres de la famille des deux parties (...), pour faire une médiation juste (...). Et si cela ne marche pas, la dernière étape est le recours au Kadhi »¹⁰⁷⁴

En réalité, les situations varient selon les individus et tous ne respectent pas ces trois stades. Dans le processus de médiation, certains font aussi appel à d'autres acteurs, moins proches. Théoriquement, l'utilisation des juridictions kadhiales se conçoit toujours comme une solution

¹⁰⁷³ Susan Beckerleg, dans son étude du village de Watamu, souligne ainsi que de nombreuses femmes bajuni ne sont pas recluses au domicile conjugal, mais sont devenues des femmes d'affaire indépendantes qui opèrent dans les rues ou sur les plages de la localité, le tourisme de masse ayant par ailleurs mis les jeunes Swahilis en contact avec des cultures alternatives qu'ils sont tentés d'imiter. BECKERLEG, S., « 'Brown Sugar' or Friday Prayers: Youth Choices and Community Building in Coastal Kenya », *African Affairs*, Vol. 94, n° 374, janvier 1995, pp. 23-38.

¹⁰⁷⁴ « *In Islam, we are given three stages to solve our problems. First of all you have to talk, if it is a marriage problem, you have to talk with you partner and try to solve it within the house. The next stage involves family members from both sides (...), to mediate in a just manner (...). And if that does not work, the last stage is to go to the Kadhi* ». Propos recueillis à Nairobi, le 22 septembre 2006.

de dernière chance, après que toutes les instances d'arbitrage possibles ont été épuisées. Cela résulte en premier lieu du fait que les Kadhis se trouvent « concurrencés » par toute une série de modes de résolution des conflits, à la fois informels et plus faciles d'accès : les membres de la famille, l'Imam de la mosquée, un cheikh local, etc. Susan F. Hirsch, à l'issue de ses recherches sur les villes de Mombasa et Malindi, estime ainsi que l'autorité des Kadhis est en compétition avec celle des anciens associés aux mosquées et aux écoles coraniques, qui conseillent souvent les parties en conflit, les accompagnent parfois au tribunal et dénoncent de temps en temps les décisions des magistrats de droit islamique en public¹⁰⁷⁵.

Pourtant, à l'opposé, dans une étude sur la ville de Sana'a, au Yémen, Anna Würth estime que, dans la résolution des différends, le rôle des leaders de la communauté a diminué et que de plus en plus de litiges sont directement portés devant le tribunal¹⁰⁷⁶. Le recours au Kadhi varie donc selon les réalités locales. Au Kenya, il n'est pas certain que ces magistrats soient véritablement en compétition avec les autres instances de résolution des conflits, mais ils en apparaissent plutôt complémentaires. Par exemple, le 7 novembre 2006, dans le cabinet du Kadhi de Malindi, un homme, accompagné de deux jeunes femmes qu'il a présentées comme ses filles, a expliqué au magistrat qu'il avait des problèmes au sein de sa famille, à propos des jeunes en question. Avant de lui conseiller d'ouvrir un dossier de plainte, le magistrat lui a demandé pourquoi il n'avait pas d'abord cherché conseil auprès de l'Imam de sa mosquée. Les Kadhis, dans leur fonction de règlement des litiges se trouvent ainsi dans une position particulière au sein de la population musulmane car, s'ils sont les seuls juges propres aux fidèles, il existe d'autres personnalités, voire des institutions volontaires, qui agissent comme conciliateurs de manière plus ou moins formelle. Il est alors important de se demander pourquoi, alors que le Kadhi jouit de l'autorité judiciaire, certains individus préfèrent chercher assistance ailleurs.

a. Des modes informels et formels de résolution des conflits.

L'islam encourageant la médiation et la résolution pacifique des litiges avant tout recours au juge, les parties doivent, en théorie, chercher en premier lieu à résoudre leurs différends en dehors du tribunal. Certes, même si des exceptions ont été observées, en

¹⁰⁷⁵ HIRSCH, S.F., 1994, *op. cit.*, pp. 207-230.

¹⁰⁷⁶ WÜRTH, A., « A Sana'a Court : The Family and the Ability to Negotiate », *Islamic Law and Society*, Vol. 2, n° 3, 1995, pp. 320-340.

particulier dans les affaires qui font suite à une répudiation, il est plutôt rare qu'une plainte soit déposée sans que, auparavant, une solution n'ait été recherchée par des voies non juridictionnelles. Les couples en conflit commencent le plus souvent par demander conseil à des membres de leur famille. Par exemple, Abshira, rencontrée à Nairobi et s'adressant au tribunal de Kadhi pour un divorce, a confié avoir discuté de sa situation d'abord avec son époux, puis avec ses frères et ceux de son mari, et enfin avec son père. Ce n'est qu'à la suite de l'échec de ces tentatives qu'elle s'est résolue à parler de sa situation au Kadhi¹⁰⁷⁷. De même, dans le cadre de l'affaire civile 61/2006, au tribunal de Kadhi de Nairobi, les deux parties ont reconnu avoir tenté plus de vingt fois de se réconcilier, en faisant intervenir les anciens ou les Imams locaux¹⁰⁷⁸. Adan Eidin Mahamud, le plaignant, rencontré dans l'enceinte du tribunal, l'a confirmé :

« J'ai essayé avec les anciens locaux avant de venir ici. Nous avons rencontré des anciens locaux de mon côté et de son côté. Tout cela s'est soldé par de nombreuses dépenses »¹⁰⁷⁹

En plus de la famille, il n'est donc pas rare que le couple ait recours à des médiateurs externes, en particulier lorsque le différend concerne aussi les familles des deux parties et qu'il devient difficile de les impliquer comme conciliateurs. Par exemple, le 26 février 2007, à Mombasa, une jeune femme d'origine indienne, Farheena Jin, demandant le divorce, a assuré avoir cherché en vain une solution aux problèmes qu'elle rencontrait au sein de son couple en faisant intervenir différentes parties externes. Mariée depuis trois ans à un homme vivant à Dubaï, où elle habitait depuis son mariage, elle a indiqué avoir quitté la ville en raison de soucis rencontrés avec sa belle-famille. Souhaitant désormais divorcer, elle a détaillé comme suit les étapes qu'elle avait parcourues avant de s'en remettre au Kadhi :

« À travers la communauté, nous avons essayé de négocier avec eux, mais ils ne veulent rien entendre (...). Nous avons notre Président et puis nous avons un Comité des Affaires Domestiques, pour résoudre ce genre de problèmes à l'amiable, lorsque cela est possible. Si les choses marchent de cette manière, il n'y a pas besoin de se rendre devant un tribunal. Ils viennent, ils s'assoient, règlent le problème. Si la fille ne souhaite pas continuer avec le mariage, ils peuvent lui donner un divorce. Mais, dans mon cas, comme ils [la belle-famille] cherchent à être difficiles, comme ils ne veulent pas négocier ou écouter les conseils, l'autre option est de venir auprès du Kadhi, parce

¹⁰⁷⁷ Nairobi, le 16 février 2006.

¹⁰⁷⁸ Voir l'affaire dans l'annexe 14.

¹⁰⁷⁹ Entretien réalisé à Nairobi, le 29 mai 2006.

qu'il est la seule personne ayant le pouvoir de considérer la question et de décider »¹⁰⁸⁰

Certes, il est vrai que la communauté indienne, souvent présentée comme repliée sur elle-même, dispose de conseils qui lui sont propres et auprès desquels il est possible d'obtenir ce genre de médiation, mais ce cas ne constitue qu'un exemple parmi d'autres et, dans la majorité des affaires étudiées, en plus ou au lieu de discuter avec les membres de leurs familles, les parties ont fait intervenir des leaders locaux, avant d'en recourir au juge. Par exemple, dans le dossier de divorce 13/2005, au tribunal de Kadhi de Kisumu, un témoin, Yassin Mohamed Mohamud, a expliqué l'échec des diverses tentatives de médiation qui ont été utilisées pour chercher à réconcilier un couple :

« Il y avait deux différends et nous avons décidé de mener un arbitrage entre les parties. Nous sommes parvenus à un accord selon lequel la plaignante était censée retourner chez elle. Ceci était en décembre 2005, mais après deux semaines, elle a de nouveau quitté le domicile conjugal. Et nous avons tenté de mener un nouvel arbitrage. Nous avons siégé au bord de la rivière, avec les Anciens et deux membres du clan. Le prévenu a reçu l'ordre de divorcer au motif que la fille ne voulait plus vivre avec lui. Nous avons donc proposé une dissolution du mariage par le biais du *Khul*. Le prévenu a refusé cette proposition. Je n'ai rien d'autre à dire »¹⁰⁸¹

Comme le précédent, cet exemple révèle que les modalités de la conciliation varient en fonction des communautés. Ici, les parties étaient somalies, une population pour laquelle – comme pour la plupart des communautés pastorales- les anciens et les leaders claniques jouent un rôle social important, ce pourquoi ils ont été choisis pour mener la médiation.

Malgré tout, certaines tendances générales se dégagent. Il est ainsi courant que des Kadhis aujourd'hui retraités continuent à exercer une activité de conseil et d'assistance aux musulmans lorsque ceux-ci rencontrent des problèmes matrimoniaux. Par exemple, Sheikh Ali Shee et Sheikh Ali Darani, tous deux rencontrés à Mombasa et anciens magistrats de droit musulman, ont expliqué agir désormais comme conseillers sur des questions de droit islamique, le second étant par ailleurs officier de l'état civil en charge de l'enregistrement des

¹⁰⁸⁰ « *Through the community we have been trying to negotiate with them, but they do not want to hear anything (...). We have our chairman and then we have a home affairs committee, to solve this kind of problems, amicably, if possible. If things work out, then there is no need to go to any court. They come, they sit, sort out the matter. If the girl does not want to continue with the marriage, they can give her a divorce. But now, since they are trying to be difficult, they do not want to negotiate or listen to any negotiation, the other option is the Kadhi, because he is the only person who has the powers to look into the matter and decide* ». Entretien réalisé à Mombasa, le 26 février 2007.

¹⁰⁸¹ La totalité de l'affaire figure dans l'annexe 14.

mariages et des divorces musulmans¹⁰⁸². Sheikh Ali Shee a d'ailleurs confirmé que le recours au Kadhi est souvent considéré comme un pis-aller :

« Le tribunal de Kadhi est en général le dernier endroit où se rendre (...). Lorsque des individus se rendent au tribunal, ils ont le sentiment qu'ils sont déjà en conflit (...). Si vous allez au tribunal, ce n'est pas facile d'avoir une conciliation, le mariage peut être facilement rompu si vous vous rendez au tribunal de Kadhi »¹⁰⁸³

En effet, si la plupart des Kadhis ont confié toujours tenter de trouver une solution consensuelle¹⁰⁸⁴ avec les parties en conflit, les résolutions de ce type restent limitées au regard du nombre d'affaires étudiées et, lorsque les justiciables s'adressent au magistrat de droit musulman, ce n'est que rarement pour demander un arbitrage. Ainsi, sur les quarante-deux affaires étudiées, quatre concernaient une demande de conciliation, dont seulement deux se sont soldées par un accord entre les parties¹⁰⁸⁵. Ceci rappelle d'ailleurs que le tribunal de Kadhi est avant tout une cour de justice, où s'opposent des plaignants et des répondants.

De plus, et avant de s'en remettre au tribunal, les fidèles peuvent s'adresser à tout un ensemble d'acteurs dont ce n'est pas la fonction première ou principale. Par exemple, les responsables locaux comme les *Chiefs* peuvent assister les couples en ce sens. Les musulmans sont cependant plus enclins à leur demander conseil dans les zones à forte population islamique où il arrive que le *Chief* soit leur coreligionnaire. En effet, ce n'est que dans ce type d'environnement que le recours au *Chief* a été mentionné. Par exemple, à Lamu, Esha Mohammed Juma a d'abord cherché la médiation du *Chief* de sa localité, avant de déposer plainte auprès du Kadhi, en raison du refus de son mari à tout dialogue¹⁰⁸⁶. La même démarche a été rapportée à Garissa, dans le cadre de l'affaire civile 54/2007, concernant une demande de divorce¹⁰⁸⁷. La situation est assez semblable en ce qui concerne la médiation par les responsables de quartier connus sous le nom de « *Mzee wa Mtaa* » qui, sans avoir de fonctions religieuses, sont considérés comme des personnes respectueuses et peuvent

¹⁰⁸² Entretiens réalisés à Mombasa le 17 janvier 2006 (Ali Darani) et le 19 janvier 2006 (Ali Shee).

¹⁰⁸³ « *The Kadhi's Court is usually the last place to be referred to (...). You see, when people go to the court, they feel it is like now you are in a war (...). If you go to court, it is not easy to get reconciliation, the marriage can be broken easily if you go to the Kadhi's Court* ». Entretien réalisé à Mombasa, le 19 janvier 2006.

¹⁰⁸⁴ Le constat s'applique aussi aux tribunaux islamiques dans d'autres pays : ANTOUN, R.T., 1980, *op. cit.*, pp. 461-462 ; LAYISH, A., *Women and Islamic Law in a Non-Muslim State*, New Brunswick, New-York : Transaction Books, 1975.

¹⁰⁸⁵ Il s'agissait des affaires 54/2006 de Lamu, 219/2005 de Mombasa, 61/2006 et 62/2006 de Nairobi. Leurs détails figurent en annexes.

¹⁰⁸⁶ *Civil Case 54/2006*, tribunal de Kadhi de Lamu.

¹⁰⁸⁷ L'affaire figure dans l'annexe 14.

conseiller des couples rencontrant des problèmes matrimoniaux. L'un d'entre eux, surnommé « Breik » et rencontré à Mombasa, dans le quartier populaire de Majengo-Kingorani, a assuré connaître tous les habitants de la zone dont il était responsable et pouvoir les recevoir, qu'ils soient d'ailleurs musulmans ou non, s'ils souhaitent des conseils en matière matrimoniale ou dans tout autre domaine. Il a estimé que, à moins de rencontrer un problème grave, les musulmans préfèrent chercher conseil auprès d'individus comme lui plutôt que de recourir au Kadhi, dans la mesure où ses services sont gratuits¹⁰⁸⁸. En cas de litige, il est aussi possible pour les fidèles de trouver assistance auprès de lettrés réputés localement. À Lamu, Sheikh Mahmud Abdulkadir, un érudit et poète très connu dans l'île a confié recevoir des musulmans rencontrant des problèmes conjugaux, estimant lui aussi que les musulmans ne se rendent auprès du Kadhi que lorsque leur problème n'a pas d'autre issue qu'une résolution judiciaire, mais qu'ils préfèrent le solliciter pour des conseils ou une tentative de réconciliation¹⁰⁸⁹.

Dans les villes où les musulmans ne sont pas aussi nombreux, il est plus fréquent pour les fidèles de demander conseil à l'Imam de leur mosquée. Sheikh Ahmed Mohammed Msallam, de la mosquée Rabita de Westlands (un quartier de Nairobi)¹⁰⁹⁰, Sheikh Mohamed Swalihu de la mosquée Jamia de Nairobi¹⁰⁹¹ et Sheikh Shabaan Wegulo Hassan de la mosquée Jamia de Kisumu¹⁰⁹² ont ainsi reconnu donner souvent des avis aux fidèles sur des questions conjugales. Sheikh Mohamed Dor, le Secrétaire Général du *Council of Imam and Preachers of Kenya* (CIPK) et Imam de la mosquée Sheikh Mbarak de Mombasa, a en outre affirmé exercer ce genre de mission de manière assez fréquente, que ce soit à la mosquée ou au siège du CIPK¹⁰⁹³. D'après lui, dans ce domaine, son activité s'apparente à celle des Kadhis, si ce n'est qu'il n'a pas le pouvoir de rendre de jugements. Toutes ces instances opèrent, en effet, de manière informelle, n'étant pas mandatées pour accomplir ce genre de tâches et ayant d'autres fonctions annexes. Pourtant, il arrive parfois que les Kadhi renvoient des individus auprès de ces personnes, lorsqu'ils estiment que les parties n'ont pas suffisamment discuté ou que leur différend est mineur. Cela a été assez souvent observé à Malindi où, à plusieurs reprises, le magistrat a conseillé à des particuliers de discuter ou de chercher conseil auprès de leur Imam avant de se décider à déposer plainte, ce qui implique une procédure plus formelle, plus coûteuse, plus longue et souvent irréversible.

¹⁰⁸⁸ Entretien réalisé à Mombasa, le 3 juillet 2006.

¹⁰⁸⁹ Entretien réalisé à Lamu, le 8 mars 2007.

¹⁰⁹⁰ Entretien le 17 mai 2007.

¹⁰⁹¹ Entretien le 11 juin 2006.

¹⁰⁹² Entretien le 28 mars 2006.

¹⁰⁹³ Entretien. Mombasa, le 20 janvier 2006.

Parallèlement, en 2002, des responsables religieux musulmans ont créé, à Nairobi, le *Family Resource Centre* (FRC), avec pour mission spécifique de conseiller les fidèles lorsque ceux-ci se heurtent à des difficultés au sein de leur couple. Au départ, le centre était destiné à décourager les musulmans de faire appel au tribunal de Kadhi dès lors qu'ils rencontrent des problèmes familiaux, afin de limiter le nombre de demandes de divorce inopportunes. Certains leaders musulmans considéraient, en effet, que les forts taux de divorce observés chez les fidèles tenaient en partie au manque de préparation de certains individus au mariage et à la vie conjugale. Le FRC prodigue donc des conseils aux futurs couples sur leurs droits et devoirs respectifs, mais intervient aussi après le mariage, pour assister ceux qui rencontrent des problèmes. Enfin, le centre aide les fidèles qui sont à la recherche d'un partenaire et assiste les musulmans pour toutes les questions qui touchent à la famille¹⁰⁹⁴. Le Chief Kadhi Hammad Kassim, l'un des fondateurs du centre, en a expliqué les missions :

« Il [le centre] fait un bon travail pour essayer de conseiller, pour essayer d'arbitrer et ils ont aussi introduit quelque chose de nouveau au Kenya, pour sélectionner des femmes et des hommes pour former des couples. En réalité, c'est moi qui ai eu cette idée, parce que je me suis rendu compte que parfois certains individus ne recherchaient pas la bonne épouse. C'est seulement une fois qu'ils sont ensemble qu'ils réalisent qu'ils ne s'entendent pas, parce qu'ils ont des loisirs différents, ils viennent de milieux différents (...). Il y a beaucoup de choses qu'ils réalisent trop tard et cela conduit à de nombreuses ruptures. Alors, au *Family Resource Centre*, il y a un document que vous pouvez remplir lorsque vous recherchez un mari »¹⁰⁹⁵

Dans ce cas, le centre se substitue à une agence matrimoniale, « *mais dans les limites islamiques* », s'est empressé de préciser le Chief Kadhi¹⁰⁹⁶. De façon plus générale, le FRC est présenté comme une organisation charitable s'occupant des « *défis affectant la jeunesse musulmane, la famille et les questions matrimoniales au sein de la communauté musulmane* »¹⁰⁹⁷. Musa Mwale, l'une des personnes à l'initiative du centre, a avoué que, chez les fidèles, le nombre de divorces prenait des proportions tellement importantes que certains chrétiens prétendaient qu'il serait possible pour un musulman de se marier et de divorcer le

¹⁰⁹⁴ Entretien réalisé avec Abdullatif Sheikh, Président du FRC, Nairobi, le 17 août 2006.

¹⁰⁹⁵ « *It is doing a lot of good work to try to counsel, to try to mediate sometimes and they have also introduced something that is new in Kenya, to select wives and husbands for couple. Actually, I came up with this idea, because I realised there was at times people who were not looking for the proper wife. It is only when they are together that then they realise they do not conform to one another, because they have different hobbies, they come from different backgrounds (...). So there are so many things that they realise too late and this has led in many couples breaking up. So, this Family Resource Centre now has a form that you fill when you are looking for a husband* ». Mombasa, le 15 décembre 2005.

¹⁰⁹⁶ Propos recueillis à Mombasa, le 15 décembre 2005.

¹⁰⁹⁷ Brochure de présentation du FRC, obtenue à la mosquée Jamia.

même jour. D'après lui, ce n'est pas tant que les musulmans sont plus volages que les membres d'autres communautés, mais beaucoup d'entre eux ne connaissent pas leurs droits et leurs devoirs et, dès qu'ils sont confrontés à une difficulté, même mineure, ils optent tout de suite pour le divorce¹⁰⁹⁸. Selon ses estimations, la plupart des personnes qui fréquentent le centre viennent pour des problèmes familiaux, environ un tiers pour chercher un partenaire et le reste pour des conseils généraux sur les questions de religion. D'un point de vue concret, la fréquentation du centre semble assez importante. Lors de diverses visites à la mosquée Jamia, en moyenne, cinq à dix personnes étaient présentes dans la salle d'attente et les musulmans, à l'image d'Huzeila Awasi Salahadin, une jeune femme rencontrée à Nairobi, se disent satisfaits du travail du FRC :

« À la mosquée Jamia, ici à Nairobi, il y a un *Family Resource Centre* et il offre des conseils gratuitement aux musulmans qui rencontrent des problèmes matrimoniaux, aux jeunes. J'ai donc essayé d'y aller et j'ai aussi essayé de demander à mon mari d'y venir, même s'il s'est toujours montré réticent (...). J'y suis allée pour qu'ils me conseillent et ils m'ont assistée. J'y retourne d'ailleurs ce samedi et ils vont encore me conseiller sur la manière dont je suis censée vivre et sur ce que je suis censée faire »¹⁰⁹⁹

Les volontaires du centre remplissent plus ou moins les mêmes fonctions que le Kadhi, à ceci près qu'ils ne peuvent pas rendre de jugements, n'ayant aucun moyen de forcer les parties à suivre leurs recommandations. En plus de cette mission d'assistance, le FRC compte parmi ses volontaires Sheikh Swalihi, l'Imam de la mosquée Jamia. Ce dernier est aussi officier de l'état civil en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans ; les fidèles peuvent donc obtenir au centre leurs certificats officiels. Indépendant et fonctionnant sur une base de volontariat, le FRC constitue une alternative au tribunal, d'autant plus que, contrairement aux juridictions kadhiales, il n'est pas soumis au contrôle de l'État. Pourtant, les motivations pour lesquelles les musulmans choisissent cette option tiennent avant tout à des raisons matérielles ou à la symbolique qui entoure le tribunal de Kadhi.

¹⁰⁹⁸ Propos recueillis à Nairobi, le 17 août 2006.

¹⁰⁹⁹ « *At Jamia mosque, here in Nairobi, there is a Family Resource Centre and it offers advice free of charge to Muslims who have marital problems, to youth. So, I have tried to go there and I have tried to tell my husband to come with me, though he has always been reluctant (...). I went there for counselling and they counselled me. I am even going back there on Saturday and they are still going to counsel me on how I am supposed to live and what I am supposed to do* ». Nairobi, le 15 mars 2006.

b. Les réticences à s'en remettre au Kadhi : des considérations avant tout matérielles ou plutôt psychologiques ?

Même lorsque le recours au tribunal devient une nécessité, cette décision n'est pas systématique, dans la mesure où l'acte de se présenter devant une telle instance est entouré d'un ensemble de représentations et de contraintes. Ainsi, les considérations financières représentent un critère appréciable dans le choix de l'utilisation ou non de la cour de justice islamique¹¹⁰⁰. Ahmed Sherif Al Muhdhar, en poste à Nairobi, a par exemple estimé que, même si les frais d'accès à son tribunal sont modérés par rapport aux autres institutions judiciaires, ils sont encore trop élevés pour certains qui ne disposent pas des moyens de payer. Il a reconnu que, dans certains cas, les justiciables peuvent régler les frais de gestion en deux fois, mais ces facilités ne suffisent pas toujours. Nombreux sont celles et ceux qui, d'après lui, renoncent à tenter toute action en justice en raison de leurs difficultés financières¹¹⁰¹. Le même type d'argument a été avancé par le Chief Kadhi, estimant que certains trouvaient les recours aux tribunaux trop onéreux et ne s'y décidaient qu'après avoir perdu toute chance de résoudre leur litige par d'autres moyens¹¹⁰². Pour certaines femmes, sans ressources et dépendantes de leurs époux, il est d'ailleurs particulièrement difficile de déposer plainte sans posséder de ressources propres, même si des organisations telles que la FIDA (Fédération Internationale des Femmes Avocatess) offrent des services gratuits et prennent en charge une grande partie des frais de justice lorsque des personnes leur demandent assistance. En raison des contraintes financières, le tribunal de Kadhi figure donc comme une institution employée avant tout par les musulmans urbains, leurs coreligionnaires ruraux étant souvent rebutés par les frais liés aux déplacements auprès de la cour de justice, comme l'a encore souligné Hammad Kassim :

« Certaines personnes n'ont même pas les moyens de se rendre auprès de ces tribunaux. Parfois, vous devez prendre un *matatu* ou un bus pour vous rendre au tribunal et certains estiment que cela est trop cher. Ici, à Mombasa, des personnes

¹¹⁰⁰ Il en est, d'ailleurs, de même pour le recours aux autres cours de justice. KIOKO, W., « The gender question in Kenya's judicial reforms : The challenge of access to justice for all », in SIHANYA, B. et KICHANA, P. (eds.), *Judicial Reform in Kenya, 1998-2003*, Kenya Section of the International Commission of Jurists (ICJ), 2004, Judiciary Watch Series, n° 1, p. 73

¹¹⁰¹ Entretien. Nairobi, le 26/10/05. Ce constat s'applique d'ailleurs à l'ensemble des tribunaux, comme le souligne encore Wanza Kioko : « *La Magistrate's court la plus proche est souvent très éloignée. Ceci est aggravé par le mauvais état des routes kenyanes et des autres modes de communication qui pourraient ne sembler que faiblement liés à l'accès aux tribunaux et à la justice* » (« *The nearest Magistrate's court is very far off. This is compounded by the poor state of Kenyan roads and other means of communication that may seem remotely related to access to courts and justice* »). *Ibid.*, p. 73.

¹¹⁰² Entretien réalisé à Mombasa, le 15 décembre 2005.

marchent, ils marchent de la Côte Sud ou de la Côte Nord, pour venir au tribunal, parce qu'ils n'ont pas les moyens de payer un *matatu*. Et lorsqu'ils viennent ici et que vous écoutez leurs problèmes, vous ressentez vraiment qu'il serait mieux que ces personnes puissent être autorisées à déposer leur plainte sans rien payer »¹¹⁰³

Le Chief Kadhi a reconnu que le manque de ressources constituait l'un des motifs pour lesquels certaines personnes n'avaient pas d'autre choix que de s'en remettre au conseil d'Imams ou de cheikhs, même s'ils ne pouvaient y obtenir les mêmes services, puisque ces derniers ne jouissent pas de l'autorité judiciaire¹¹⁰⁴. Outre les considérations financières, l'Imam Cheikh Said Ali, a souligné que les musulmans préfèrent d'abord chercher conseil auprès de leur leader local, plutôt que de se rendre au tribunal de Kadhi, parce que le mot « tribunal » effraie parfois, alors que les Imams ou les cheikhs apparaissent plus proches des fidèles et les côtoient quotidiennement. La simple ignorance du droit et des attributions du Kadhi peut aussi constituer un facteur déterminant, même si la plupart des personnes rencontrées semblaient connaître au moins les fonctions de base du magistrat de droit islamique.

En outre, les comportements face à la justice varient en fonction du sexe. Suleiman Munyu, officier en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans, a par exemple expliqué que les hommes ont parfois honte de se rendre au tribunal de Kadhi, parce que cela remet en cause l'autorité dont ils jouissent sur leur épouse, ou signifie que cette dernière les a quittés¹¹⁰⁵. De plus, face à un juge, ils estiment avoir moins de chance de faire valoir leur opinion que devant les Anciens ou les cheikhs, considérés comme plus traditionalistes¹¹⁰⁶. En ce qui concerne les femmes, les choses semblent plus complexes, dans la mesure où leurs perceptions et leurs comportements par rapport à la justice se révèlent plus ambivalents. Certaines estiment difficile de se rendre devant le juge, le caractère public de l'institution et la crainte d'être stigmatisées, en particulier par les membres de leur famille, exerçant un rôle dissuasif¹¹⁰⁷. Par exemple, dans certaines communautés comme les Swahilis,

¹¹⁰³ « Some people cannot even afford to go to these courts. Sometimes, you have to take a *matatu* or a bus to go to these courts, and some people think it is too expensive. Here in Mombasa, some people walk, all the way from South Coast or from North Coast, to come to the court here, because they cannot afford to take a *matatu*. And when they come to us to tell us about their problems, you really feel that it would be better if those people could be allowed to file their cases without paying anything ». Entretien réalisé à Mombasa, le 15 décembre 2005.

¹¹⁰⁴ Entretien réalisé à Mombasa, le 15 décembre 2005.

¹¹⁰⁵ Propos recueillis à Nairobi, le 28 juin 2006.

¹¹⁰⁶ À ce sujet, Wanza Kioko souligne que les systèmes informels de résolution des litiges, en général, sont plus favorables aux hommes, surtout parce qu'ils sont quasi-exclusivement composés de membres de sexe masculin. Wanza KIOKO, 2004, *op. cit.*, pp. 76-77.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p.77.

le concept d'*heshima* influence les manières de faire et de se comporter des individus. Terme swahili signifiant « dignité », « honneur » ou « réputation », il est associé à toute une série de codes liés à la femme musulmane, tels que le port du voile et du *buibui* ou l'importance de la virginité lors du premier mariage. Par conséquent, certaines femmes musulmanes, soucieuses de donner d'elles-mêmes une image respectueuse, trouvent humiliant ou déshonorant d'étaler leurs problèmes intimes au regard du public. Ceci se confirme d'ailleurs dans la manière dont plusieurs femmes ont, au cours des entretiens, utilisé des détours ou sont tout simplement restées très vagues sur des problèmes qu'il leur était sans doute difficile d'exposer à une interlocutrice étrangère. Au contraire, il peut leur sembler plus aisé de demander conseil auprès d'un proche. Par exemple, à Mombasa, alors que je vivais chez une des clerks du tribunal, des voisines se sont présentées à son domicile pour lui demander conseil, persuadées que, travaillant avec le Kadhi, elle pourrait les assister. De plus, il leur était certainement plus facile d'exposer à une femme des problèmes, parfois très intimes, délicats à narrer dans le contexte public d'une cour de justice¹¹⁰⁸. Paradoxalement, pourtant, l'atmosphère impersonnelle du tribunal peut encourager certaines femmes à exposer leurs litiges plus librement, alors qu'elles seraient moins à l'aise devant une personne connue ou un membre de leur famille¹¹⁰⁹. Même s'il est un homme, de par sa position, le Kadhi est considéré comme neutre et les femmes peuvent donc lui exposer plaintes et faits intimes en toute confiance. Cette contradiction certaine entre des attitudes opposées confirme que les perceptions de la justice varient beaucoup en fonction des individus, des communautés, du degré d'éducation, etc.

Le comportement de l'époux et sa réticence à tout dialogue est encore un élément explicatif du recours à l'institution judiciaire. Plusieurs affaires concernent des femmes abandonnées par leur mari après que celui-ci les a répudiées sans leur laisser aucune ressource. Dans ce cas, toute tentative de dialogue paraît impossible et le recours au juge constitue la seule solution s'offrant à elles. Ceci apparaît flagrant dans les cas où l'époux fait preuve d'un comportement violent ou irresponsable. Fariyal Isack a par exemple confessé que son époux étant alcoolique et refusant de l'entendre parler de divorce, elle n'avait d'autre option que de s'en remettre au juge. Son affaire est assez paradoxale, dans le sens où après

¹¹⁰⁸ Dans un article relatif à l'Égypte, Ron Shaham explique aussi la réticence de certaines femmes à porter leur problème devant un tribunal par la crainte de la stigmatisation sociale qui résulte de l'exposition en public de détails intimes relatifs à leur vie privée. SHAHAM, R., « Judicial Divorce at the Wife's Initiative : The Shari'a Courts of Egypt, 1920-1955 », *Islamic Law and Society*, Vol. 1, n°2, 1994, p. 250.

¹¹⁰⁹ HIRSCH, S.F., 1998, *op. cit.*, p. 93.

avoir parue déterminée, aussi bien lors de l'entretien que du dépôt de la plainte, Fariyal Isack a ensuite abandonné les poursuites contre son époux, puisque, le couple, convoqué par le Kadhi à deux reprises, ne s'est jamais présenté¹¹¹⁰. Malgré le caractère formel du tribunal, devant le magistrat, certains maris n'acceptent le dialogue que difficilement. L'exemple de Salwa Wanjiku est assez révélateur du pouvoir que certains hommes peuvent exercer sur leur épouse. Rencontrée à Nairobi, dans l'enceinte du tribunal et alors qu'elle et son mari attendaient un entretien avec le Kadhi au sujet de problèmes matrimoniaux, elle n'est pas apparue très libre de ses actes et de ses paroles. Dans un premier temps, après que j'ai interrogé Salwa au sujet du différend, son mari, Mohamed Tariq Mohamed, a exigé d'être présent au cours de l'entretien. Puis, avant même la fin de la conversation, il y a mis un terme, arguant qu'ils étaient pressés et devaient partir... De toute évidence et en comparant les déclarations en entretien et la lettre qu'elle avait déposée auprès du Kadhi¹¹¹¹, il n'est pas certain que la jeune femme, gênée par la présence de son époux, se soit exprimée très librement au cours de notre discussion. Pendant la conversation, Salwa a affirmé n'être venue que pour demander conseil au Kadhi, car elle avait « un petit problème ». Mais en réalité, d'après le dossier, l'affaire avait été initiée par le mari, Mohamed Tariq Mohamed, qui reprochait à sa femme de ne pas lui parler de ses problèmes, d'avoir changé et de ne pas lui obéir. Accusant le frère de sa compagne d'être la source de leurs soucis, l'homme précisait ne pas souhaiter quitter son épouse, mais demandait conseil au tribunal, dans l'espoir de sauver leur mariage. Après avoir conclu un accord avec son compagnon devant le Kadhi, la femme est revenue auprès du juge quelques mois plus tard, reprochant à son mari de ne pas respecter les termes de leur accord et suppliant le Kadhi de lui rendre justice et de lui accorder le divorce, ce qu'elle n'avait pas évoqué au cours de l'entretien en présence de son époux. De façon générale et pas seulement parmi les musulmans, la peur de la réaction du mari constitue donc parfois un élément dissuasif, en particulier lorsque les deux vivent toujours ensemble¹¹¹². Quoi qu'il en soit, le recours au tribunal ressort le plus souvent d'une décision individuelle, pour des motifs qui portent sur des thèmes souvent assez proches.

¹¹¹⁰ Affaire Civile 129/2005, tribunal de Kadhi de Nairobi.

¹¹¹¹ *Civil Case 62/2006*, Nairobi. Pour le détail, voir l'annexe 14.

¹¹¹² MNENEY, E., « Maintenance Law : The Rights of Women and Children », in KIBWANA, K. et MUTE L. (eds.), *Law and the Quest for Gender Equality in Kenya*, Nairobi : Claripress, 2000, p. 134.

2) Une utilisation variable selon les attributions administratives ou juridictionnelles du tribunal.

Sur une année, c'est en général à Mombasa que le plus grand nombre de plaintes est déposé. En 2005 et comme l'indique le tableau ci-dessous, Garissa et Nairobi suivaient, avec un nombre de litiges supérieur à cent.

Tableau 2. Les affaires auprès des divers tribunaux de Kadhi, 2005

Ville	Nombre total de nouveaux dossiers	Divorce (seul ou avec d'autres requêtes)	Héritage	Pension alimentaire/ Garde des enfants	Autres	Nombre total de mariages enregistrés	Nombre total de divorces enregistrés
Mombasa	301	223 (74%)	Non disponible	41 (14%)	37 (12%)	1238	254
Garissa	196	110 (56%)	8 (4%)	34 (17%)	44 (23%)	371	198
Nairobi	133	64 (48%)	21 (16%)	10 (7.5%)	38 (28.5%)	354	62
Nakuru	92	21 (23%)	15 (16%)	20 (22%)	36 (39%)	164	26
Malindi	78	34 (44%)	14 (18%)	10 (13%)	20 (25%)	75	44
Kwale	72	?	54 (75%)	?	18 ¹¹¹³ (25%)	175	14
Lamu	36	12 (33%)	5 (14%)	10 (28%)	9 (25%)	?	39
Nyeri	17	8 (47%)	4 (23%)	3 (18%)	2 (12%)	40	8
Kisumu	12	3 (25%)	4 (33%)	0	5 (42%)	38	?

¹¹¹³ Au tribunal de Kwale, les affaires sont classées soit comme « héritage », soit comme « affaires matrimoniales », les secondes incluant les demandes de divorce, d'entretien, etc.

De ce tableau, il ressort en outre que les deux zones avec la plus forte proportion de musulmans enregistrent logiquement le plus grand nombre de dossiers : la Côte (avec un total de 487 pour les quatre tribunaux de Mombasa, Malindi, Kwale et Lamu) et le Nord-Est (avec Garissa)¹¹¹⁴.

Ces chiffres doivent cependant être manipulés avec une certaine précaution. Tout d'abord, comme l'a expliqué Osman Shurie, le Kadhi de Garissa, le nombre de dossiers effectivement enregistrés ne correspond pas au nombre exact de litiges dont il s'occupe car de nombreuses personnes rencontrent les magistrats sans déposer de plainte officielle¹¹¹⁵. Dans le même temps, il arrive que des affaires en cours soient abandonnées, soit que le requérant retire sa plainte, soit que les parties résolvent leur différend en dehors du tribunal¹¹¹⁶. Ainsi, il n'est pas rare que des parties s'accordent sur une solution consensuelle et qu'elles laissent leur dossier en suspens, sans en informer le juge. Par exemple, dans l'affaire civile 258/2006, à Mombasa, Saida Kingi Mwakitete avait déposé plainte contre son mari, l'accusant de s'être approprié ses biens personnels. Elle reprochait aussi au répondant de se droguer, de voler, de ne pas avoir rempli ses devoirs conjugaux depuis environ cinq mois et de l'avoir battue. Dans sa requête, elle demandait la restitution de tous ses biens et la dissolution de son mariage. Mais plus tard, elle précisait qu'elle et son mari s'étaient séparés et qu'elle avait quitté le domicile conjugal. Le répondant avait, d'après elle, affirmé qu'il était disposé à lui rendre ses biens mais si, en échange, elle renonçait à sa dot. Une audition avait été fixée le 27 février 2007 mais, aucune des parties ne s'étant présentée, l'affaire a été suspendue¹¹¹⁷. De même, dans le cadre de l'affaire 129/2005, auprès du tribunal de Kadhi de Nairobi, Fariyal Isak, la plaignante, demandait au tribunal de lui accorder le divorce, au motif que son époux était alcoolique et rentrait ivre chez lui, l'insultait, la battait et la trompait. Après deux convocations des parties pour audition et alors qu'aucune ne s'était présentée, l'affaire a été suspendue¹¹¹⁸.

Le tableau précédent démontre que le tribunal de Kadhi exerce en outre une fonction importante pour l'enregistrement des mariages et des divorces. En ce qui concerne les plaintes

¹¹¹⁴ Certes, ces chiffres sont incomplets puisqu'ils ne tiennent pas compte de l'ensemble des tribunaux de Kadhi, mais ils donnent une bonne représentativité, puisque les principales zones du Kenya sont mentionnées.

¹¹¹⁵ Propos tenus hors entretien. Garissa, le 20 mars 2007.

¹¹¹⁶ Dans son étude de la division familiale du tribunal de Sana'a, Anna Würth relève que ceci est assez fréquent. WÜRTH, A., 1995, *op. cit.*, p. 330.

¹¹¹⁷ Voir le détail dans l'annexe 14.

¹¹¹⁸ L'affaire figure dans l'annexe 14.

à proprement parler, une majorité concerne des demandes de divorce, ce qui confirme la perception assez courante selon laquelle les justiciables se rendent auprès de l'institution kadhiale avant tout pour ce genre de litige. Il convient toutefois d'analyser plus en détail ces différents types de requêtes et leurs éventuelles nuances.

a. Une utilisation non judiciaire du tribunal : le recours au Kadhi pour l'obtention des certificats de mariage et de divorce.

Mariages et divorces sont enregistrés quotidiennement dans les tribunaux de Kadhi les plus importants. À Nairobi, des mariages sont aussi officialisés chaque jour à la mosquée Jamia, où près de 300 unions matrimoniales peuvent être comptabilisées en une année d'après l'Imam, Mohamed Swalihi. En revanche, celui-ci a expliqué que très peu de divorces sont officialisés¹¹¹⁹, ce qu'a confirmé Sheikh Mohammed Suleiman Munyu, un autre officier en charge de l'immatriculation des mariages et des divorces musulmans, rencontré dans le quartier de California, à Nairobi¹¹²⁰. Le divorce est cependant assez répandu chez les musulmans car, s'il n'est pas favorisé par l'islam, il ne constitue pas un interdit comme cela est en théorie le cas pour la foi chrétienne. À titre d'exemple, d'après l'étude menée par le NMCK, le taux de divorce parmi les femmes interrogées s'élevait à 43%, un chiffre très élevé. Le pourcentage est supérieur en milieu urbain, même si c'est dans le Nord-Est, une province plutôt rurale, que le pourcentage atteint son score le plus haut, soit 56%¹¹²¹. Aussi bien en ce qui concerne les mariages que les divorces, les chiffres officiels recueillis auprès des Kadhis et des officiers en charge de l'état civil sont loin de la réalité. Seuls les mariages et les divorces prononcés auprès de ces agents sont, en effet, automatiquement enregistrés. Pour le reste, lorsque le mariage est célébré à la mosquée ou lorsque le divorce est prononcé en dehors du tribunal –dans le cadre d'une répudiation, par exemple-, les parties doivent ensuite se rendre auprès d'un officier de l'état civil (éventuellement le Kadhi) pour obtenir un document officiel.

Le certificat de mariage est un contrat qui regroupe diverses informations, en particulier le nom des deux parties, le nom et la signature des témoins, le lieu du mariage, le montant de la dot et son régime (payée ou différée), le statut de la femme lors du mariage

¹¹¹⁹ Entretien réalisé à Nairobi, le 11 septembre 2006.

¹¹²⁰ Entretien réalisé à Nairobi, le 28 juin 2006.

¹¹²¹ *National Muslim Council of Kenya (NMCK)*, 2005, *op. cit.*, p. 41.

(vierge, divorcée, etc.). Le certificat de divorce est un peu moins exhaustif mais indique, entre autres, les noms et signatures des parties et des témoins, ainsi que le lieu où le contrat a été établi¹¹²². Les deux documents contiennent donc divers renseignements importants du point de vue légal. Pourtant, les musulmans ne semblent pas toujours bien avertis, ou même conscients de l'importance de ces certificats. Par exemple, Atfa une jeune femme rencontrée à Mombasa, mariée depuis plusieurs années et ayant des enfants, a expliqué n'avoir jamais fait officialiser son union. Tout en reconnaissant qu'elle devrait être en règle, elle a justifié sa négligence par sa difficulté à trouver le temps et par la nécessité d'en informer les témoins au préalable¹¹²³. Pourtant, Atfa, employée du musée de Mombasa, ne travaille qu'à quelques dizaines de mètres des *Law Courts* de Mombasa... Ce cas n'est pas isolé et plusieurs Kadhis, à l'image d'Osman Shurie, en poste à Garissa, ont reconnu qu'il était même rare que les musulmans enregistrent leurs unions ou leurs divorces :

« Certains, mais pas tous. Peut-être lorsqu'ils en ont besoin, lorsque cela est nécessaire, peut-être s'ils ont besoin de papiers officiels. Mais 80% de la population ne l'obtient pas. Ils se marient seulement. Ils ne connaissent pas l'importance de ce document, parce qu'ils se connaissent »¹¹²⁴

D'ailleurs, le droit islamique ne requiert pas l'immatriculation du mariage ou du divorce, ce qui contribue au caractère aléatoire de la pratique. Au regard du droit islamique, un document écrit prouvant que le mariage a eu lieu n'est pas nécessaire pour que l'union soit valide et tout contrat, qui a été conclu selon les canons de la charia, en la présence de deux témoins qualifiés, est légitime. À ce propos, le Kadhi de Malindi a expliqué que, d'après lui, les certificats de mariage et de divorce n'ont qu'une fonction administrative, étant délivrés aux fidèles pour que leur union ou leur divorce soit reconnu comme officiel auprès de l'état civil. Mais il a précisé que l'existence d'un tel certificat ne rend pas une union ou un divorce valide au regard du droit islamique et il peut exister un certificat alors que le mariage ou le divorce est nul¹¹²⁵. Pourtant, au Kenya, se marier ou divorcer sans obtenir de document officiel constitue une infraction. D'après l'article 9 du *Mohammedan Marriages and Divorces Registration Act*, les musulmans doivent obtenir un certificat dans les sept jours suivant la

¹¹²² Un exemple de chaque figure dans l'annexe 20.

¹¹²³ Propos tenus lors d'une conversation informelle, octobre 2006. (Au moment du Ramadan 2006 et lors d'une mission à Mombasa, j'ai vécu une semaine chez Atfa. Nous avons alors eu de nombreuses discussions informelles).

¹¹²⁴ « *Some, but not all of them, maybe when they need it, when it is necessary, maybe when they need papers. But 80% of the population do not get it. They just marry. They do not know the importance of that document, because they know one another* ». Garissa, le 20 mars 2007.

¹¹²⁵ Information recueillie à Malindi, le 30 octobre 2006.

célébration du mariage ou la prononciation du divorce. Et l'article 25 de la même loi ajoute que ceux qui ne respectent pas cette prescription sont passibles d'une peine d'emprisonnement ou d'une amende¹¹²⁶. Néanmoins, tout comme l'obtention d'un certificat ne rend pas un mariage valide si les conditions du droit islamique ne sont pas remplies, l'échec à enregistrer un mariage ou un divorce reconnu par ce même droit n'en annule pas l'effet. L'article 24 du *Mohammedan Marriages and Divorces Registration Act* dispose ainsi que rien, dans l'ordonnance, ne doit être interprété comme « *rendant invalide, simplement parce qu'il n'a pas été enregistré, un mariage ou un divorce musulman qui serait autrement valide* »¹¹²⁷. En présence d'un tel flou, l'interprétation de la valeur du contrat de mariage varie en fonction des Kadhis. Ainsi, dans l'affaire civile 20/2006, le Kadhi de Mombasa a annulé un mariage au motif que la plaignante avait épousé un homme sans l'accord de son père. Mais il a également appuyé son verdict sur le fait que le certificat de mariage qui lui avait été remis était un faux et n'avait donc aucune authenticité, reconnaissant donc au document une importance autre que sa seule valeur administrative¹¹²⁸.

Or, la plupart des personnes interrogées sur cette question ne sont pas conscientes de la gravité du non-enregistrement de leur union ou de leur divorce. Ce n'est souvent que lorsqu'ils en ont besoin pour des démarches officielles, en particulier pour les demandes de papiers d'identité, que les musulmans s'inquiètent de l'obtention d'un certificat. Ainsi, le 7 novembre 2006, quatre hommes et une femme se sont présentés au tribunal de Kadhi de Malindi pour demander une attestation prouvant un mariage célébré en 1970 ! Certes, il existe des exceptions, à l'image d'Hassan A. O. Owiti, rencontré à Nairobi et venu pour une demande de divorce. Son cas est assez atypique car, bien qu'ayant la possibilité de répudier sa femme unilatéralement, il a préféré s'adresser au Kadhi pour obtenir un divorce judiciaire, se justifiant comme suit :

« Certains disent que vous pouvez juste le prononcer, même si vous êtes à la maison. Mais, en ce qui me concerne, je préfère, étant donné que c'est le Kadhi qui nous a unis, que ce soit également lui qui prononce le divorce. De plus, le faire à la maison,

¹¹²⁶ L'article 25 du *Mohammedan Marriage and Divorce Registration Act* stipule : « *Any person who being under an obligation to register a marriage or divorce under this Ordinance fails to do so within the prescribed period, or refuses to state any of the prescribed particulars, or willfully gives any false information or particulars for the purpose of registration, shall be guilty of an offence and liable to a fine not exceeding three thousand shillings or to imprisonment not exceeding six months, or to both such fine and such imprisonment* ».

¹¹²⁷ Article 24 : « *Nothing in this Ordinance contained shall be construed to- (a) render invalid, merely by reason of its not having been registered, any Mohammedan marriage or divorce which would otherwise be valid* ».

¹¹²⁸ Le détail de l'affaire figure dans l'annexe 14.

ce n'est pas officiel et quelqu'un peut même en tirer avantage. En plus de tout cela, nous avons l'islam et nous avons nos croyances traditionnelles. Vous voyez alors que, traditionnellement, ce n'est pas que nous mélangeons les deux, mais dans le cas d'un divorce, si je le fais juste comme ça sans rien pour le prouver, n'importe qui peut venir et se plaindre. Au moins, il est préférable d'avoir quelque chose pour prouver que vous l'avez épousée, un certificat de mariage et un certificat de divorce (...). C'est la raison pour laquelle j'ai décidé de venir ici, pour faire les choses de manière officielle, plutôt que de le faire en dehors. Je suis juste venu pour obtenir un certificat, juste pour prouver que je me suis marié et qu'ensuite j'ai rompu mon mariage »¹¹²⁹

Comme l'a souligné Hassan O. Owiti, le fait que certains musulmans se marient ou divorcent sans demander ultérieurement de certificat ne constitue pas seulement un délit, mais peut aussi être la source de problèmes lorsque, en cas de différend, des individus cherchent à faire valoir leurs droits. En l'absence d'un tel certificat, il n'existe en effet, aucun moyen de preuve de l'existence d'une relation entre un défunt et une personne qui prétend lui avoir été mariée. Il devient alors difficile de faire valoir de quelconques droits matrimoniaux, de garde ou d'héritage, en particulier pour les femmes¹¹³⁰. De même, dans le cas où une femme demande le paiement de sa dot, si elle ne possède pas de certificat de mariage, elle ne dispose d'aucune preuve attestant le montant qui avait été prévu. Au contraire, l'enregistrement du mariage représente une sécurité, parce que dans l'hypothèse où les témoins ne sont pas disponibles, les époux ne peuvent pas nier qu'ils sont mariés et donc contester à l'autre partie ses droits matrimoniaux.

Dans la pratique, assez peu d'affaires portent sur le défaut d'obtention d'un certificat, mais un exemple assez intéressant a été observé à Lamu. Dans l'affaire civile 27/2006, Nnashee Mohamed Helef, la plaignante expliquait que son mari l'avait quittée quand elle lui avait demandé d'enregistrer leur union. Dans son jugement, Ismail A. Abdallah s'est d'ailleurs interrogé sur les raisons du comportement de l'époux, d'autant plus que celui-ci avait une autre compagne :

« Le répondant ici présent n'a pas su expliquer pourquoi il n'a pas pu enregistrer son mariage dans le délai prescrit. Il a épousé la plaignante le 9 avril 2006 et le 15 avril,

¹¹²⁹ « Some say that you can just pronounce it, even if you are at home. But what is important to my side, I preferred, since it is the Kadhi who united us, it is also him to pronounce it. So, doing it at home, it is not official and one can even take advantage of it. Besides that, we have Islam and we have our traditional beliefs. So, you find that traditionally, not that we are mixing the two, but you find that if at all I divorce and I just say without anything to prove that, one can come and complain. But at least, there must be something to prove that you married him, a marriage certificate and a divorce certificate (...). That is the reason why I made a decision of coming here, putting it official instead of doing it outside. I just came to get a certificate, just to prove that I married and then that I dissolved ». Entretien réalisé à Nairobi, le 9 mai 2006.

¹¹³⁰ SHAHAM, R., 1995, *op. cit.*, p. 275.

au plus tard, il aurait dû enregistrer son mariage. Il est resté avec la plaignante jusqu'au 12 mai 2006, c'est-à-dire un mois et trois jours, après quoi il a quitté le domicile conjugal. Et ce qui est assez drôle, c'est que ce qui a poussé le répondant à quitter le domicile conjugal, c'est la demande de son épouse qu'ils enregistrent leur mariage. Le répondant est un homme polygame. Est-ce que cela signifie qu'il ne souhaitait pas que l'autre femme découvre une preuve écrite qu'il a une deuxième épouse ? S'il en est ainsi, pourquoi alors s'est-il marié ? »¹¹³¹

De plus, ici, l'absence de certificat de mariage a posé problème pour la détermination de la dot. Alors que l'épouse affirmait qu'elle consistait en un lit et un placard, son mari prétendait qu'elle ne s'élevait qu'à 250 Shillings. Les témoins ayant confessé ne pas connaître le montant exact, l'épouse ne pouvait pas prouver son assertion. Ainsi, dans une étude sur l'Égypte, Ron Shaham souligne que parfois les époux, le plus souvent les maris, n'enregistrent pas leur union afin de s'épargner une affaire en justice à l'initiative de leur partenaire, celle-ci n'ayant alors aucun moyen de justifier l'existence d'un lien matrimonial¹¹³². Dans le même ordre d'idée, interrogé sur l'affaire, le Kadhi de Lamu a confirmé les termes de son jugement, considérant que le non enregistrement d'un mariage ou d'un divorce résultait parfois d'une manœuvre volontaire :

« Lorsque j'ai été nommé dans cette région, j'ai rencontré quelques problèmes. Je me suis rendu compte que des individus faisaient des mariages secrets, lorsqu'ils ne veulent pas que leur première épouse sache qu'ils en ont une seconde. Il se peut qu'ils aient des enfants avec cette seconde épouse, mais si celle-ci décède, ils se retrouvent sans document pour prouver qu'ils étaient légalement mariés et que les enfants appartiennent véritablement à cet homme. Des droits étaient ainsi reniés. Après que j'ai fait ma recherche, j'ai réalisé que certains musulmans n'enregistraient pas leur mariage, de manière volontaire. Parfois, ils pouvaient venir au tribunal et certains membres de la famille niaient que la veuve était mariée à leur frère défunt. Ils utilisaient l'absence de certificat de mariage, afin de ne pas avoir à donner leurs droits aux personnes qui pouvaient y prétendre. J'ai alors décidé d'utiliser la même tactique pour les punir. C'est à ce moment-là que j'ai commencé à mettre la loi en application. J'en ai informé le magistrat et le procureur et j'ai référé plusieurs affaires à ce dernier. Certaines personnes ont été condamnées et désormais, les habitants de Lamu ont conscience qu'il est important d'enregistrer »¹¹³³

¹¹³¹ « The defendant herein could not satisfy this court as to why he could not register his marriage within the prescribed days. He married the plaintiff on the 9th of April 2006 and by or before the 15th of April 2006 he ought to have registered his marriage. He stayed with the plaintiff up to the 12th of May 2006, it is to say a month and three days, when he deserted the matrimonial home. And funny enough what caused the defendant to desert the matrimonial home it that he was asked by the plaintiff to register their marriage. The defendant is a polygamist man. Does it mean that he did not want the other wife to find him with a documental evidence that he has another wife ? If so, why did he marry in the first instance ? ». Civil Case 27/2006, tribunal de Kadhi de Lamu. L'affaire figure dans l'annexe 14.

¹¹³² SHAHAM, R., « Custom, Islamic Law, and Statutory Legislation: Marriage Registration and Minimum Age at Marriage in the Egyptian Shari'a Courts », *Islamic Law and Society*, Vol. 2, n° 3, 1995, p. 270.

¹¹³³ « When I was posted to this area, I encountered some problems. I found people were doing secret marriages, they do not want their first spouse to know that they have gotten a second one, they might get children with that second wife, but if the wife passes away, you find that they do not have documents to prove that they legally

Tableau 3. Évolution du nombre annuel d'affaires, Nairobi, Mombasa, Kisumu

Année	Nairobi	Mombasa	Kisumu
1987	88	286	67
1988	58	329	59
1989	76	287	53
1990	75	292	34
1991	98	341	52
1992	124	390	49
1993	56	430	44
1994	35	441	25
1995	107	376	24
1996	164	339	10
1997	135	315	10
1998	145	342	10
1999	141	300	17
2000	160	325	9
2001	135	352	13
2002	195	331	11
2003	158	336	22
2004	147	323	19
2005	133	301	12
2006	150	332	14
2007	178	366	

married and that the children really belong to that man. So, some rights were being denied. Then, after I made my study, I realised that some of them were purposely not registering their marriages. Sometimes, they could come to the court and some members of the family deny that the widow was married by their late brother. They were using the marriage certificate as a loophole, to avoid to give their rights to the rightful people. Then, I decided to use the same loophole to punish them. That is when I started to enforce this Act. I informed the magistrate and the prosecutor and I have referred several matters to the prosecutor. The people were charged and now Lamu people are aware that it is important to register ». Propos recueillis à Lamu, le 5 mars 2007.

Il est assez difficile de vérifier ces propos, dans la mesure où les données concernant le tribunal de Lamu ne sont disponibles qu'à partir de 2001 et que les chiffres des mariages enregistrés manquent pour l'année 2005. Cependant, il n'est pas impossible que les paroles du Kadhi correspondent à la réalité puisqu'en 2006 il a enregistré 382 mariages, alors que les années précédentes, le nombre avoisinait en moyenne les 200. Cette fonction d'enregistrement, si elle est importante, n'en représente pas moins qu'une partie du travail des magistrats musulmans, puisque leur fonction spécifique concerne le règlement des différends.

b. Un juge pour les demandes de divorce ?

L'ancienneté des informations relatives aux litiges varie en fonction des tribunaux visités. Dans certains lieux, en raison de l'indisponibilité des registres ou de leur mauvais état, ou bien encore parce que le tribunal n'a été créé que récemment, il n'a pas été possible d'obtenir de données antérieures aux années 2000. Toutefois, dans trois tribunaux, des chiffres remontant aux années 1980 ont été rassemblés, à partir de 1987 pour Mombasa et Kisumu et à partir de 1981 pour Nairobi. Il est donc possible d'analyser l'évolution du nombre d'affaires enregistrées au tribunal. À Nairobi et à Mombasa, le nombre annuel d'affaires ayant fait l'objet d'une plainte formelle n'a pas beaucoup évolué, se situant en moyenne aux alentours de 150 pour la première et aux environs de 320 pour la seconde. En revanche, en ce qui concerne Kisumu, le nombre de dossiers examinés dans l'année est à la baisse, passant de 67 en 1987 à 14 en 2006. Cela pourrait être la conséquence de la création, dans les années 1990, d'un tribunal de Kadhi à Nakuru, plutôt que d'une diminution réelle du nombre de litiges.

Les observations faites auprès des diverses cours de justice, permettent de dégager des nuances selon les localités. À Nairobi, le tribunal est ainsi sollicité par des musulmans d'origines ethniques variées, même si -et ceci a été confirmé par le Kadhi-, en ce qui concerne les mariages, les Somalis sont sur-représentés. Comme il l'a déjà été indiqué, dans la plupart des institutions, la plus grande partie des requêtes concerne des demandes de divorce. Néanmoins, le tribunal de Kwale, au sud de Mombasa, constitue une exception, puisqu'en 2005, 75% des affaires concernaient des questions d'héritage et 74% en 2006¹¹³⁴. Là encore,

¹¹³⁴ En 2005, sur un total de 72 affaires, 54 concernaient un problème successoral et en 2006 sur 124 plaintes, 92 avaient trait à un différend successoral.

ces données ont été confirmées par le Kadhi¹¹³⁵. Ce dernier a d'ailleurs confié que la plupart de ces différends successoraux concernent des points de procédure, plus que de véritables questions de droit. D'après lui, ce nombre important de litiges tient à la nature de la population locale. Kwale, ainsi qu'une grande partie de la côte au sud de Mombasa, est en majorité peuplée de Digos, l'une des neuf ethnies mijikendas. Or, d'après la coutume digo, les biens d'un défunt ne sont jamais distribués à sa mort et c'est son frère qui devient responsable de leur administration. Toutefois, le droit islamique appréhende ce genre de situation de manière différente et ce conflit entre les deux modèles normatifs explique la fréquence des procès en la matière, le plus souvent lorsque la femme ou les enfants d'une personne décédée réclament le règlement de l'héritage en vertu du droit islamique¹¹³⁶. Dans la plupart des cas, ces affaires sont peu contentieuses, dans la mesure où elles concernent la détermination des héritiers légaux. Elles sont donc le plus souvent résolues rapidement car la loi islamique est très précise sur la détermination de la part respective à allouer à chacun des héritiers légaux d'un défunt. Les affaires se compliquent lorsqu'il y a malentendu ou conflit sur les héritiers légaux, en particulier dans le cas de familles où tous ne sont pas musulmans ou après un divorce, lorsque l'ex-épouse du défunt réclame sa part d'héritage alors qu'en sa qualité de divorcée, elle ne peut plus y prétendre.

Dans l'ensemble des autres tribunaux, la plupart des plaintes concernent des demandes de divorce. Dans l'islam, le mariage possède une dimension spirituelle indéniable, mais de par sa nature avant tout contractuelle, il peut être rompu pour toute raison valable, comme n'importe quel autre type de contrat et il n'est d'ailleurs pas nécessaire de recourir à une cour de justice. Certes, dans de nombreux pays musulmans, des législations ont été votées pour que tous les divorces fassent l'objet d'une décision de justice¹¹³⁷, mais ce n'est pas le cas au Kenya. Ainsi, la *Talaka* ou répudiation unilatérale par le mari, est valide dès lors que l'époux qui l'a initiée est majeur et sain d'esprit. Cette forme de divorce peut être prononcée n'importe où, sans que la présence du Kadhi ne soit nécessaire¹¹³⁸. Il convient juste que le mari agisse librement et sans contrainte. Cette procédure est assez répandue, mais il est difficile d'obtenir des informations chiffrées car, comme il l'a été indiqué précédemment, tous

¹¹³⁵ Entretien avec Abdulhalim Hussein Athman, Kwale, le 21 mai 2007.

¹¹³⁶ Ce point sur les éventuelles différences entre droit coutumier et droit islamique est approfondi dans la dernière partie de ce chapitre.

¹¹³⁷ Voir par exemple : ESPOSITO, J.L., 1982, *op. cit.*

¹¹³⁸ En droit sunnite, le *Talak* ne nécessite pas la présence de témoins pour être valide. En revanche, en droit chiite, la présence de deux témoins est indispensable. QURESHI, M.A., 1995, *op. cit.* Il est intéressant de relever qu'en droit sunnite, la présence de deux témoins est requise en cas de mariage mais pas en cas de répudiation.

ces divorces ne font pas l'objet d'un certificat. L'islam donne en outre la possibilité à l'épouse de demander la rupture de son contrat de mariage et cette forme de divorce, appelée *Khul*, ne requiert pas non plus l'intervention du Kadhi. Reposant sur un accord mutuel entre les deux époux, elle suppose que la femme dédommage son mari, le plus souvent en lui rendant sa dot en échange de sa liberté, sans que les parties n'aient à se présenter devant un tribunal¹¹³⁹. Ce n'est donc que le divorce connu sous le nom de *Tafrik* qui implique un ordre judiciaire de séparation obligatoire, prononcé par le Kadhi¹¹⁴⁰. Dans ce cas, plusieurs motifs peuvent être avancés par les épouses pour demander la rupture de leur union.

Parmi les causes le plus souvent invoquées, se retrouvent la négligence du mari, des disputes ou une incompatibilité avec la belle-famille. Le fait aussi que de nombreuses filles sont mariées alors qu'elles sont encore très jeunes contribue à la fréquence des divorces. L'étude du NMCK indique, par exemple, que dans la province du Nord-Est, où 55% des femmes interrogées avaient été mariées avant 18 ans et où l'âge moyen au mariage des filles est de 15 ans, 40% de celles qui avaient été mariées avant d'atteindre 18 ans étaient divorcées à 20 ans !¹¹⁴¹ En outre, il n'est pas rare que ces jeunes filles soient mariées à des hommes beaucoup plus âgés, une source fréquente de tensions. Par exemple, dans la ville de Garissa, dans l'affaire civile 47/2007, la plaignante, Kuresha Idriss Hassan, a demandé le divorce après seulement un an de mariage au motif que son mari était impuissant et, qu'étant encore jeune, elle souhaitait avoir des enfants¹¹⁴². Le répondant ayant refusé de se présenter auprès du Kadhi, ce dernier a accordé le divorce à la femme, par un jugement prononcé le 21 mars 2007. Il s'est plus tard justifié en expliquant que le défaut de l'un des époux à satisfaire sexuellement son partenaire représente un motif valable de rupture d'union matrimoniale au regard de la loi islamique¹¹⁴³. De plus, le nombre important de mariages arrangés augmente le taux de divorce. D'après la même étude, 24% des femmes mariées interrogées n'avaient pas choisi leur conjoint, mais celui-ci avait le plus souvent été proposé par leurs parents ou leurs tuteurs, parfois même sans qu'elles aient pu donner leur avis¹¹⁴⁴. À Mombasa, en particulier dans les familles d'ascendance arabe, qui marient souvent leurs filles à des hommes vivant dans la péninsule arabique, notamment à Dubaï et à Doha, ce genre de mariage aboutit à des

¹¹³⁹ NASIR, J.L., 1990, *op. cit.*, pp. 122-125, SCHACHT, J., 1999, *op. cit.*, pp. 139-140. Il existe une autre forme de divorce par consentement mutuel, appelé *Mubara'a*, qui n'implique aucune compensation financière.

¹¹⁴⁰ SCHACHT, J., 1999, *op. cit.*, pp. 139-140.

¹¹⁴¹ *National Muslim Council of Kenya (NMCK)*, 2005, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁴² Voir l'annexe 14 pour le détail de l'affaire.

¹¹⁴³ Propos tenus hors entretien. Garissa, le 22 mars 2007.

¹¹⁴⁴ *National Muslim Council of Kenya (NMCK)*, 2005, *op. cit.*, p. 23. Ces chiffres concernaient des filles mariées pour la première fois, le plus souvent jeunes et ostensiblement vierges.

situations assez étranges du point de vue de la vie de couple, comme me l'a expliqué une jeune musulmane, chez qui j'ai vécu plusieurs semaines. Mariée à un homme originaire et vivant à Dubaï, elle ne peut vivre avec son époux plus de quelques mois par an, la législation locale lui interdisant de s'établir dans l'émirat. En dehors de ces périodes, elle est donc hébergée par ses parents, à Mombasa. Le cas n'est pas isolé et semble au contraire plutôt fréquent dans la ville côtière, où j'ai rencontré plusieurs femmes confrontées à cette situation. D'après l'étude du NMCK, parmi les motifs invoqués par les parents pour justifier leur choix d'un partenaire pour leur fille, les principaux concernent l'honneur de la famille, la crainte que leur fille ait des relations sexuelles avant son mariage (ce qui est illégal d'après la loi islamique) ou soit enceinte hors mariage, le sentiment que marier sa fille représente une obligation morale et culturelle, ou bien encore des considérations d'ordre économique, en particulier dans les zones les plus pauvres du pays, où le mariage est aussi un moyen d'assurer à sa fille un avenir financier¹¹⁴⁵. En revanche, la compatibilité de caractère entre les époux ne constitue pas un critère de choix fondamental. Il paraît donc logique que de nombreuses unions ainsi arrangées se soldent par un divorce lorsque, vivant ensemble, les époux se découvrent des incompatibilités de caractère. Abdul El-Kindy, *Principal Magistrate* à Kisumu, a par exemple expliqué que, chez les Swahilis, où la pratique des mariages arrangés est courante, la réalité est beaucoup plus complexe que par le passé, la société étant aujourd'hui moins traditionaliste et les jeunes filles désormais éduquées. Selon lui, de nombreuses jeunes filles de Mombasa ont des « copains » sans être mariées, mais elles ne peuvent pas les épouser parce que leurs parents ont déjà organisé un mariage. Alors, une fois mariées, il est fréquent qu'elles demandent le divorce, afin de pouvoir épouser leur petit ami. En effet, la femme a besoin de l'accord de son père ou de son tuteur uniquement lors de sa première union. En revanche, elle peut choisir librement son partenaire dans un second mariage¹¹⁴⁶. Parmi les autres facteurs susceptibles d'expliquer la fréquence des divorces, Sheikh Mahmud Abdulkadir, rencontré à Lamu, a déclaré que de nombreux jeunes se marient, alors même qu'ils ne connaissent rien aux obligations et aux contraintes de la vie matrimoniale¹¹⁴⁷.

Afin de justifier leurs demandes de divorce, les femmes prétextent encore souvent que leur mari ne s'occupe pas d'elles et de leurs enfants. Sur les dix-neuf affaires de divorce

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 23-24.

¹¹⁴⁶ Entretien réalisé avec le Kadhi de Kisumu, le 12 février 2007.

¹¹⁴⁷ Entretien réalisé à Lamu, le 8 mars 2007.

étudiées, dix-sept avaient été déposées par des femmes, et parmi celles-ci treize mettaient en avant le défaut d'entretien pour justifier leur requête. Dans le mariage musulman, le mari a, en effet, le devoir de pourvoir aux besoins de son épouse, même si elle travaille, voire si elle est plus riche que lui. Ceci repose sur l'obligation pour la femme d'être fidèle et d'obéir aux demandes raisonnables de son époux. L'entretien de la femme, mais aussi des enfants, couvre tous leurs besoins matériels et comprend la nourriture, l'habillement, les soins de santé et le logement. Or, dans la majorité des tribunaux visités (Nairobi faisant peut-être exception), les femmes qui se présentent auprès du Kadhi paraissent le plus souvent pauvres et sans ressources et, lorsqu'elles sont abandonnées par leur mari avec parfois la charge de leurs enfants, elles se retrouvent bien souvent sans d'autre recours que de solliciter l'aide du Kadhi. Même lorsqu'elles vivent toujours avec leur époux, ces femmes se montrent très vulnérables lorsque celui-ci ne leur fournit aucune assistance. Par exemple, à Mombasa, dans le cadre de l'affaire civile 117/2005, Kauthar Haidar Naaman s'est ainsi plainte de son mari :

« Mais il me bat. La dernière fois, c'était après que je lui ai demandé de l'argent pour l'entretien. Il m'a dit qu'il n'en avait pas. Je lui ai dit que je partais. Alors que je partais, il m'a suivie et il m'a battue. Il m'a dit que si je partais, je n'avais pas intérêt à revenir. Un voisin est venu et lui a demandé pourquoi il me battait. Il ne m'achète pas de vêtements et il me bat dès que je lui demande de l'argent pour l'entretien. Maintenant, je suis fatiguée. Je demande la dissolution de mon mariage. (...) J'ai des dettes auprès de divers magasins où j'achète des biens pour le quotidien. Il ne m'achète pas de *buibui*. J'ai même des dettes auprès de l'hôpital de la MEWA. C'est mon frère qui m'aide pour mes dépenses médicales. J'ai laissé chez lui mes meubles. Je paye les frais de scolarité pour ses enfants. Il ne me donne même pas 100 Shillings »

Le comportement de l'époux a été confirmé par Haimun Haidar, l'un des témoins :

« Cela fait maintenant quatre mois qu'elle et ses enfants vivent chez moi. Je ne touche aucune pension de ta part. Tu n'es pas en mesure de subvenir aux besoins de ta femme. C'est moi qui l'entretiens et qui paye les factures d'électricité. Tu travailles, mais c'est moi qui entretiens ta femme. Tu vis dans une maison de location, pour laquelle j'ai payé la caution et je paye l'électricité »

Comme l'a expliqué le témoin, la femme avait quitté le domicile conjugal à la suite du refus de son mari de s'occuper d'elle. Il est d'ailleurs assez fréquent que, face au défaut d'entretien, des épouses se voient contraintes de quitter la maison, pour vivre seules ou le plus souvent chez un membre de leur famille¹¹⁴⁸. Certains dossiers concernent aussi des femmes

¹¹⁴⁸ Affaire Civile 54/2007, Garissa ; Affaire Civile 13/2005, Kisumu ; Affaire Civile 104/2004, Mombasa ; Affaire Civile 258/2006, Mombasa ; Affaire Civile 128/2005, Nairobi.

abandonnées par leur mari et laissées sans ressources¹¹⁴⁹ ou chassées du domicile conjugal par leur époux¹¹⁵⁰. Des affaires étudiées, toutes se sont soldées par un jugement favorable à la plaignante. Des cas de violences conjugales sont aussi parfois rapportés. Théoriquement, ces demandes relèvent plutôt de la justice pénale, mais de tels comportements sont en général invoqués comme justification pour une demande de divorce et ne constituent pas, en soi, l'objet de la plainte. À Garissa, le Kadhi a confié recevoir de nombreuses filles très jeunes, âgées parfois de 15 ou 16 ans et dont beaucoup invoquent des maltraitances ou des violences conjugales pour demander un ordre de séparation. Ces propos ont été confirmés le 22 mars 2007, lors d'un séjour de terrain dans cette ville, lorsqu'une femme s'est présentée devant le Kadhi et a déposé une demande de divorce et de paiement de ses droits, précisant dans sa plainte que son mari avait commencé à la battre après seulement un mois de mariage et l'avait ensuite expulsée du domicile conjugal¹¹⁵¹.

Outre les demandes de divorce, beaucoup de litiges concernent des requêtes pour le paiement de la compensation financière au cours de la période d'*Edda*, après un divorce. D'après la loi islamique, « *Toute dissolution d'un mariage qui a été consommé, même par une 'fausse', c'est-à-dire incomplète cohabitation du mari et de la femme, entraîne une période d'attente ('idda) pour la femme avant qu'elle ne puisse épouser un autre homme* »¹¹⁵². Pendant cette période, il incombe à la femme dont le mariage a été rompu par un divorce, mais aussi par le décès de son époux, de s'isoler et de s'abstenir de se remarier. Cette période de réclusion répond à trois objectifs. Il s'agit d'abord de vérifier si la femme est enceinte, afin d'éviter toute confusion en matière de paternité. Ensuite, ce laps de temps vise à laisser au mari qui a divorcé la possibilité de reconsidérer sa décision et d'annuler la répudiation si elle est révocable. C'est enfin une période de deuil en cas de décès de l'époux. Cette phase commence le jour du divorce ou le jour du décès et sa durée est variable, évoluant selon que la femme est enceinte ou ménopausée, mais se prolongeant dans la situation la plus courante jusqu'à ce que la femme ait eu trois menstruations. Au-delà de ce temps d'attente, un divorce devient irrévocable, alors que tout au long de la période, les époux peuvent choisir de se réconcilier, en rétablissant leurs relations matrimoniales. Pendant cette durée, le mari est dans l'obligation d'entretenir son épouse, sauf dans le cas d'un divorce sous la forme du *Khul*. Or,

¹¹⁴⁹ Affaire Civile 27/2006, Lamu ; Affaire Civile 54/2006, Lamu ; Affaire Civile 281/2004, Mombasa ; Affaire Civile 20/2006, Mombasa ; Affaire Civile 28/2006, Nairobi.

¹¹⁵⁰ Affaire Civile 97/2005, Mombasa ; Affaire Civile 117/2005, Mombasa ; Affaire Civile 15/2005, Nairobi ; Affaire Civile 9/2006, Nairobi ; Affaire Civile 12/2006, Nairobi.

¹¹⁵¹ *Civil Case 56/2007*, Garissa.

¹¹⁵² SCHACHT, J., 1999, *op. cit.*, p. 140.

dans la réalité, les femmes divorcées ne jouissent pas toujours de ce droit, les maris sur lesquels pèse cette obligation semblant parfois peu disposés à la respecter. Ainsi, d'après l'étude menée par le NMCK, 99% des femmes divorcées interrogées n'avaient pas reçu leur compensation après le divorce et 80% d'entre elles n'avaient même pas connaissance de ce droit prévu par la loi islamique¹¹⁵³. Plusieurs affaires concernaient des femmes qui, après avoir été répudiées par leur mari, s'en sont remises au Kadhi pour demander la prise en charge de leurs besoins pour la période d'*Edda*¹¹⁵⁴. Sur les quarante-deux litiges étudiés, neuf comportaient une demande spécifique en la matière¹¹⁵⁵. Une fois encore, dans toutes les affaires, le paiement de cette forme de pension a été accordé, avec seulement deux exceptions, dont une pour laquelle l'affaire a été suspendue parce qu'elle n'avait pas été présentée devant le tribunal compétent du point de vue géographique¹¹⁵⁶. Contribution obligatoire pour le mari, d'après la charia, l'entretien n'est cependant dû à la femme qu'au cours de la période d'*Edda* et obliger un musulman à y pourvoir au-delà serait contraire au droit islamique. Ainsi, dans l'affaire civile 55/2004 auprès du Kadhi de Nairobi, ce dernier a donné raison à Mohamed Said Golo, le plaignant, qui reprochait à son ex-épouse de toujours vivre chez lui alors que sa période de réclusion avait pris fin et qu'il lui demandait de quitter son domicile¹¹⁵⁷. L'entretien pour la période d'*Edda* représente dans tous les cas un devoir de l'époux après un divorce, ainsi que l'a rappelé Ahmed Sherif Al Muhdhar dans son jugement rendu le 14 mars 2006, dans le cadre de l'affaire civile 132/2005 à Nairobi. Cet exemple est intéressant parce que l'époux, qui était le plaignant, demandait un certificat de divorce et la garde de ses enfants, alors que la femme, reprochant à son mari de l'avoir quittée, ne lui demandait aucune compensation mais souhaitait conserver la garde de leurs enfants. Or, dans sa décision, après avoir reconnu le divorce, le magistrat a rappelé au mari l'obligation d'entretenir son ex-épouse pendant trois mois, correspondant à la période d'*Edda* de cette dernière, tout en lui rappelant qu'il devait par ailleurs lui verser le solde de sa dot¹¹⁵⁸.

Un certain nombre d'affaires concernent en effet le paiement de la dot (*Mahr*), en particulier lorsque celle-ci n'a pas été versée au moment de la conclusion du mariage. En droit

¹¹⁵³ *National Muslim Council of Kenya (NMCK)*, 2005, op. cit., p. 42.

¹¹⁵⁴ Affaire Civile 47/2006, Malindi ; Affaire Civile 281/2004, Mombasa ; Affaire Civile 298/2004, Mombasa ; Affaire Civile 97/2005, Mombasa ; Affaire Civile 9/2006, Nairobi.

¹¹⁵⁵ Affaires civiles 47/2006, Malindi ; 54/2006, Malindi ; 104/2004, Mombasa ; 281/2004, Mombasa ; 298/2004, Mombasa ; 97/2005, Mombasa ; 115/20096, Mombasa ; 9/2006, Nairobi ; 32/2006, Nairobi.

¹¹⁵⁶ Il s'agissait de l'Affaire Civile 115/2006, à Mombasa. L'autre était l'affaire civile 54/2006, à Malindi, dont il est fait mention ultérieurement.

¹¹⁵⁷ Voir l'annexe 14 pour le détail de l'affaire.

¹¹⁵⁸ Voir le détail de l'affaire et du jugement en annexes.

islamique, le droit de la femme musulmane au paiement de sa dot est fondamental et celle-ci doit être réglée, même si le couple divorce ultérieurement¹¹⁵⁹. Pouvant être acquittée en une seule ou plusieurs fois, la dot représente ainsi un don obligatoire pour gagner le cœur de la femme et honorer l'union matrimoniale¹¹⁶⁰. Lorsqu'elle est considérée comme « le prix de la mariée », la dot est souvent vue comme dégradante ou, du moins, comme une illustration du statut dévalorisé et inférieur de l'épouse par rapport à son mari et de l'inégalité entre les sexes dans le mariage. Mais en droit islamique, sa signification est différente, exprimant au contraire, une marque de respect envers l'épouse. Le *Mahr*, reçu par la femme, lui appartient totalement et en propre et n'est pas un don fait à ses parents. Ni son père, ni son époux ne peuvent le lui réclamer, elle est libre de l'utiliser à son gré et elle ne le perd pas en cas de divorce (sauf pour la forme de divorce *Khul*). De même, une veuve peut garder possession des biens de son mari décédé si la dot ne lui a pas été payée. C'est un droit connu sous le nom de « droit de conservation de la veuve » et il est applicable même lorsque le montant de la dot n'a pas été spécifié. La veuve peut encore refuser de distribuer les biens de son époux aux héritiers tant que la dot ne lui a pas été versée¹¹⁶¹. La dot, telle qu'entendue par le droit islamique, n'est donc pas le « prix » de l'épouse, c'est pourquoi son versement n'est pas obligatoire pour garantir la validité du mariage. Elle n'en demeure pas moins un droit inaliénable et imprescriptible. Élément du mariage musulman, son montant n'est pas toujours spécifié dans le contrat, même si, pour les unions conclues devant le Kadhi, il est en général précisé. Ce montant varie en fonction des milieux, des conditions sociales et des traditions, puisque la loi islamique ne fixe aucune limite particulière, si ce n'est que la somme doit demeurer dans les possibilités de l'époux¹¹⁶². Le Kadhi de Garissa a par exemple expliqué que, chez les Somalis, le montant varie selon les clans : chez certains, il s'agit de quatre dromadaires, alors que chez d'autres il s'agit de quatre vaches¹¹⁶³. En théorie, la femme doit proposer un montant et si le mari l'accepte, c'est la somme qu'il devra lui verser. Mais si le futur époux estime que la dot est trop élevée, les parties peuvent discuter et s'entendre sur un montant qui leur convient à tous les deux.

De ce point de vue, Hammad Kassim, le Chief Kadhi, tout comme le Kadhi de Malindi, ont reconnu conseiller aux femmes de demander une dot plutôt élevée, de telle sorte

¹¹⁵⁹ Voir : QURESHI, M.A., 1995, *op. cit.*

¹¹⁶⁰ NASIR, J.J., 1990, *op. cit.*, pp. 86-87.

¹¹⁶¹ Ce droit est valable uniquement pour les veuves, mais pas pour les femmes divorcées.

¹¹⁶² Entretien avec Ahmed Sherif Al Muhdhar, Nairobi, le 27 septembre 2006.

¹¹⁶³ Propos tenus hors entretien, Garissa, le 21 mars 2007.

que, si le mariage est rompu, elles sont certaines d'obtenir une compensation conséquente¹¹⁶⁴. D'ailleurs, la stipulation d'une dot importante réduit la possibilité de répudiation unilatérale de la part du mari, grâce au caractère dissuasif que revêt l'obligation de payer cette somme. De fait, lorsqu'une dot très élevée est demandée, l'époux peut être découragé de répudier sa femme pour des motifs inconsidérés, la dot devenant exigible dès qu'une répudiation irréversible est prononcée. De très nombreux différends concernent le paiement du *Mahr*, soit son montant, surtout lorsqu'il n'a pas été stipulé dans le contrat de mariage, soit sa remise, question qui se pose quasi systématiquement après un divorce. Au total, parmi les quarante-deux affaires étudiées, quatorze comportaient une demande de versement du *Mahr*. Dans la plupart des demandes de divorce, les femmes réclament aussi le versement de leur dot, lorsqu'elles ne l'ont pas reçue¹¹⁶⁵. De plus et s'il s'agit de répudiations, des plaintes sont parfois déposées auprès du Kadhi dans le seul but d'obtenir le versement de la dot¹¹⁶⁶. Dans ce cas, les magistrats donnent toujours raison à la femme, à moins qu'elle n'ait renoncé au *Mahr* en contre-partie du divorce. Un exemple original est celui de l'affaire 54/2006, à Malindi, qui a d'ailleurs été relatée dans la presse¹¹⁶⁷. Swabrina Bakar Masuo, la plaignante, demandait à son ex-mari, Nadhiru Khamin, le versement de 30,000 Shillings au titre de sa dot, sur laquelle ils s'étaient mis d'accord, avant que son mari ne la répudie après seulement deux jours de mariage. Pour sa défense, l'homme a expliqué avoir divorcé parce que le mariage avait été conclu de force. Dans son jugement, le Kadhi a reconnu que le mariage n'était pas consenti, qu'il avait été célébré sous la menace et qu'il était donc nul. Toutefois, considérant que les parties avaient avoué avoir eu des relations sexuelles en dehors de cette union, il a estimé que la dot était due à la plaignante et a ordonné au répondant le versement des 30,000 Shillings, tout en déniait à la jeune femme son droit à la compensation pour la période d'*Edda*. Les Kadhis se montrent donc plutôt souples, soutenant toujours les épouses quand elles demandent le versement de leur dot. Et d'ailleurs, dans une affaire jugée par le Kadhi de Nairobi, alors que le *Mahr* n'était pas évoqué et que l'ex-mari, le plaignant, demandait la confirmation de son divorce et un certificat en ce sens, le magistrat a rappelé à l'homme son devoir de verser la dot à son épouse¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁴ Propos recueillis à Mombasa, le 3 octobre 2006 et à Malindi, le 30 octobre 2006.

¹¹⁶⁵ Affaires Civiles 13/2005, Kisumu ; 47/2007, Garissa ; 5/2006, Kisumu ; 26/2006, Lamu ; 104/2004, Mombasa ; 132/2005, Nairobi ; 32/2006, Nairobi.

¹¹⁶⁶ Affaires Civiles 27/2006, Lamu ; 47/2006, Malindi ; 54/2006, Malindi ; 30/2005, Mombasa ; 115/2006, Mombasa ; 15/2005, Nairobi ; 9/2006, Nairobi.

¹¹⁶⁷ *Sunday Nation*, 17 décembre 2006, p. 9 : « *Married, divorced in 2 days* ». L'article figure dans l'annexe 11 et le détail de cette affaire dans l'annexe 14.

¹¹⁶⁸ Affaire Civile 29/2006, Nairobi.

De cette analyse de divers litiges, il ressort que le Kadhi joue un rôle essentiel pour garantir que chacun, homme et femme, remplit ses obligations conjugales telles qu'imposées par le droit islamique, mais aussi pour prévenir les abus dans les relations matrimoniales, en particulier de la part des hommes. Le tribunal apparaît de fait d'une importance particulière pour les femmes musulmanes et pour la protection de leurs droits.

3) Des utilisations sexuées du tribunal ?

Si le Coran affirme que les hommes et les femmes sont égaux, ces dernières ne jouent aucun rôle dans l'organisation religieuse formelle –elles ne peuvent ni devenir Imam ni diriger la prière-, ou dans l'organisation juridique –elles ne peuvent pas être Kadhi. D'ailleurs, le statut de la femme en droit islamique se révèle des plus complexe¹¹⁶⁹. Considérant ici les questions de statut personnel, il est par exemple curieux de relever l'absence de concept de « femme divorcée » dans l'islam, si ce n'est au cours de la période d'*Edda*. Après la rupture de son union matrimoniale, la femme est considérée soit comme la mère de ses enfants, soit comme la fille de ses parents, mais elle n'est jamais la « veuve » ou la « divorcée » d'un tel car ces notions, contraires aux concepts d'honneur et de dignité, stigmatisent la femme et sont étrangères à la société et au droit islamiques. Pourtant, la position de la femme évolue selon les différents stades de son existence, qu'elle soit vierge ou sexuellement active, ou selon son statut de célibataire, mariée, divorcée ou veuve.

De manière plus générale, les analyses sur la place de la femme en droit islamique oscillent entre, d'une part, une conception idéalisée selon laquelle le Coran aurait fait naître la femme à la vie juridique en lui donnant des droits qu'elle n'avait pas et, d'autre part, l'image négative d'une société qui asservit la femme et la soumet à l'autorité masculine. En réalité les choses ne sont pas si simples et, s'il est vrai que la femme est considérée comme dépendante de l'homme, ceci répond à une certaine logique, selon laquelle l'homme doit lui offrir sa protection et subvenir à tous ses besoins. Ainsi, dans aucun cas, la femme n'est laissée sans assistance et un être masculin –mari, frère, père, fils- doit toujours en être responsable, quel que soit son statut matrimonial. Mais surtout, en cas de mariage, la personnalité juridique de la femme reste distincte et indépendante de celle de son mari. Dans la loi coranique, il n'existe pas de notion de communauté de propriété entre les époux et la femme demeure

¹¹⁶⁹ KHOSROKHAVAR, F., 1996, *op. cit.*, pp. 113-151.

propriétaire des biens qu'elle acquiert de son mari, de ses parents ou de son travail et sur lesquels son époux ne possède aucun contrôle ou accès. De même, le mariage ne la frappe pas d'incapacité, elle peut acquérir ou conserver un patrimoine propre et elle jouit du droit à hériter. Enfin, elle possède le même pouvoir que son mari pour faire appel au tribunal, les seuls critères de validité d'un recours à la justice concernant la puberté et la maturité¹¹⁷⁰. Malgré tout, la situation de la femme demeure plus fragile en raison de la précarité de l'union conjugale que le mari peut rompre unilatéralement et parce que le droit islamique conserve une conception patriarcale de la famille. Par exemple, après un divorce, tout ce à quoi une femme a droit sont ses biens propres (souvent maigres) et l'entretien pour sa période de réclusion¹¹⁷¹. Enfin, si ces droits sont garantis en théorie, en cas de divorce, il lui est souvent difficile de les faire valoir concrètement. C'est de ce point de vue que le tribunal de Kadhi fait figure d'institution essentielle à la protection des droits de la femme musulmane.

Les tribunaux, de façon générale, et les juridictions kadhiales en particulier, représentent, en effet, une institution primordiale, où les femmes peuvent obtenir des droits qui leur sont souvent déniés. Ceci d'autant plus que les justiciables féminines n'en sont pas toujours bien informées. À ce sujet, Fatma Hyder, une activiste musulmane, responsable des programmes au sein d'une ONG musulmane, et Attiya Warris, enseignant le droit musulman à l'Université de Nairobi, ont souligné que la méconnaissance de leurs droits représente l'un des principaux problèmes qui affectent les femmes kenyanes, toutes religions confondues¹¹⁷². Beaucoup d'entre elles, qu'elles soient musulmanes ou non, n'ont pas conscience de leurs droits, estimant par exemple que leurs époux ont sur elles tous les pouvoirs. De même, toutes ne savent pas qu'en cas de divorce, leur mari demeure financièrement responsable de leurs enfants, alors qu'elles craignent d'en perdre la garde lorsqu'elles ne disposent pas des ressources suffisantes pour les élever. La « capacité » des femmes à exercer leurs droits est encore entravée par toute une série d'obstacles, qui tiennent à leur manque de connaissance des droits en questions —qu'ils soient islamique ou commun- et à leurs difficultés à définir et à exprimer leur plaintes¹¹⁷³. Ainsi, dans son rapport annuel rendu public en avril 2008, la FIDA (Fédération Internationale des Femmes Avocat(e)s) a estimé que si les femmes étaient instruites des procédures du système de justice formelle et pouvaient se représenter en personne, sans

¹¹⁷⁰ ZAHRAA, M., « The Legal Capacity of Women in Islamic Law », *Arab Law Quarterly*, Vol. 11, No. 3, 1996,

¹¹⁷¹ Une femme veuve, en revanche, a droit au quart des biens de son mari s'ils n'avaient pas d'enfants et au huitième s'ils avaient des enfants.

¹¹⁷² Entretiens réalisés à Nairobi, le 22 septembre 2006 et le 10 août 2006.

¹¹⁷³ Wanza KIOKO, 2004, *op. cit.*, pp. 73-84.

avoir besoin de l'aide d'un avocat pour maîtriser la procédure légale, les délais de jugement seraient beaucoup moins longs¹¹⁷⁴. Certes, l'association fournit déjà ce type d'assistance, offrant aux femmes des conseils ou une représentation légale lorsqu'elles en ont besoin. Toutefois, en particulier dans les zones rurales, la justice demeure lointaine, voire inaccessible, provoquant un certain nombre d'injustices, en particulier dans le domaine du statut personnel. Or, comme il l'a été expliqué dans le chapitre précédent, les tribunaux de Kadhi sont des cours de justice qui fonctionnent sur un mode beaucoup moins formel que les autres tribunaux et où il est commun que les plaideurs se défendent en personne. Plus accessibles et au fonctionnement plus compréhensible aux non initiés, ces institutions sont utilisées par les femmes pour faire valoir leurs droits.

a. Les femmes musulmanes devant le Kadhi

Que les femmes soient les principales utilisatrices des juridictions kadhiales est un fait incontestable, vérifié dans tous les tribunaux, quoique dans des proportions variables. Par exemple, à Nairobi, les femmes représentent en moyenne 80% des plaignants, mais à Mombasa et Garissa, pour environ 95% des affaires, la plainte est déposée par une femme. Ce type de démarche peut surprendre dans une société où les femmes, longtemps confinées dans l'univers domestique, sont encore peu nombreuses à exercer des prérogatives d'ordre économique et politique socialement reconnues, et où le statut juridique inhérent à leur sexe, tel qu'il est défini par la charia, les place en situation d'infériorité par rapport aux hommes. Toutefois, plusieurs analyses sur les pratiques des musulmanes kenyanes, en particulier dans la région swahilie, rappellent que ces dernières ne sont pas de simples épouses passives, mais que, à travers diverses pratiques, elles acquièrent un pouvoir indéniable au sein de la société¹¹⁷⁵. De même, l'accès aisé des femmes à la justice des Kadhis leur assure un pouvoir, dans une démarche qui, ne relevant pas d'un comportement marginal ou déviant, n'est d'ailleurs pas spécifique au Kenya¹¹⁷⁶. Certes, toutes les musulmanes n'ont pas recours à cette institution, mais celles qui l'utilisent expriment par cette pratique la volonté, non seulement de formuler des exigences d'ordre social, mais encore de les défendre. Certaines apparaissent

¹¹⁷⁴ *The Standard*, 10 avril 2008, p. 14 : « *FIDA wants women to be trained on court system* » ; Federation of Women Lawyers Kenya (FIDA Kenya), *2007 Annual Report. So Far, How Far?*, 2008, pp. 29-33.

¹¹⁷⁵ STROBEL, M., *Muslim Women in Mombasa, 1890-1975*, New Haven and London : Yale University Press, 1979 ; MIZRA, S. et STROBEL, M. (eds.), *Three Swahili Women. Life Histories from Mombasa, Kenya*, Bloomington and Indianapolis : Indiana University Press, 1989.

¹¹⁷⁶ C'est au contraire une observation générale aux tribunaux de droit musulman à travers le monde. En Afrique de l'Est, on peut se référer à STILES, E., « *When is a Divorce a Divorce ? Determining intention in Zanzibar's Islamic Courts* », *Ethnology*, Vol. XLII, No. 4, 2003, pp. 273-288 ; HIRSCH, S.F., 1998, *op. cit.*

ainsi parfois très au fait de leurs droits au regard de la loi islamique, en particulier en ce qui concerne les obligations de leur époux après un divorce. De même, des femmes très instruites et actives ont été rencontrées à plusieurs reprises, en particulier à Nairobi et à Mombasa. Lors d'un séjour dans cette dernière ville, Faïda Kingi, une jeune femme mariée depuis un an, a par exemple justifié sa demande de divorce dans les termes suivants :

« Je suis venue ici pour déposer une plainte contre lui parce que, toutes les choses sur lesquelles nous nous étions mis d'accord avant le mariage, c'est comme s'il avait changé. Je suis diplômée et vous savez à quel point l'éducation est mise en valeur de nos jours, même si, ici à Mombasa, certaines personnes ne la prennent pas au sérieux, moi je la prend au sérieux. Il m'avait dit que je pourrai travailler après ma remise de diplôme, mais maintenant il me dit que je ne devrais pas travailler et que je devrais juste rester à la maison, ce genre de choses. Et je trouve cela très difficile, après toutes ces années, je ne peux pas simplement rester à la maison (...). Lui, en tant que mari, dit qu'il a tous les droits sur moi et moi, en tant que femme, je dis aussi que j'ai certains droits »¹¹⁷⁷

C'est en effet, sur la base d'une certaine connaissance de la loi et de leurs droits, que les unes et les autres viennent dénoncer des comportements abusifs de leurs époux ou le non respect d'un engagement pris en leur faveur. D'ailleurs, une majorité de femmes expriment leurs demandes de manière claire, intelligible et bien argumentée. Comme le souligne Anna Würth dans son analyse sur divers litiges rapportés dans un tribunal de Sana'a, au Yémen :

« Ce à quoi les Yéménites –et les anthropologues- s'attendent des honorables qādīs, ce n'est rien d'autre que du bruit, des allées-venues permanentes, de vieilles femmes qui plaident énergiquement dans des dialectes locaux, de manière souvent inintelligible pour les juges éduqués, de plus jeunes femmes trop timides pour s'exprimer, et des groupes d'hommes de tous âges qui se défendent avec ferveur, en jetant leur couvre-chef »¹¹⁷⁸

¹¹⁷⁷ « I have come here to file a case against him, because whatever we agreed before the wedding, it is like he has changed. I am a graduate and you know how people value education nowadays, although here, in Mombasa, some people do not take it so seriously, but I do take it seriously. So, he told me that I would work after my graduation, but now he tells me that I should not work and that I should stay at home, such problems. And I find it very hard, I cannot after all these years just stay at home (...). Him, as a husband, says that he has all rights over me and me, as a woman, I also say that I have some rights ». Entretien avec Faïda Kingi. Mombasa, le 4 octobre 2006.

¹¹⁷⁸ « What Yemenis – and anthropologists- expect amidst dignified qādīs is noise, constant coming and going, elderly women arguing forcefully in local dialects, often unintelligible to educated judges, younger women too shy to talk, and groups of men of all ages who argue fervently, throwing off their headclothes », WÜRTH, A., 1995, *op. cit.*, p. 321. Cette image de désorganisation est aussi celle que portrait Lawrence Rosen, à propos du tribunal de Kadhi dans la ville de Sefrou, au Maroc. ROSEN, L., « Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System », *Law and Society Review*, Vol. 15, n°2, 1980-1981, pp. 228-229.

Or, en débutant son propos par l'exemple d'une femme s'exprimant « *dans un arabe littéraire éloquent, libre de tout dialecte* »¹¹⁷⁹ pour demander que son époux paye son logement et la pension alimentaire de ses enfants, elle souligne, au contraire, que la plupart des plaignantes formulent leurs doléances de manière argumentée. Au Kenya, il est certes vrai que la majorité des auditions se tiennent en swahili, mais la plupart des femmes savent faire preuve d'une certaine conviction et de clarté dans la description de leur situation et de leurs requêtes. Dans l'exemple choisi ici, la plaignante, Fauzia Abdosamad Mohamed Abdallah, demandait le paiement de sa dot et de frais divers, en s'exprimant avec autant de détails que possible :

« Je m'appelle Fauzia Abdosamad. Je vis à South B, chez ma sœur. Je suis sans-emploi. Le répondant est mon mari. Il m'a épousée en février 2004. Je ne vis plus avec mon mari depuis le 10 septembre 2004. Le répondant m'a ordonné de quitter le domicile conjugal parce que sa deuxième femme venait vivre chez lui. J'ai quitté la maison du répondant pour aller vivre chez ma sœur sans le souhaiter et je suis malade depuis ce jour. Nous avons un enfant, âgé de trois mois et demi. Il s'appelle Wardat Khalid Salim. L'enfant est enregistré, avec le certificat de naissance No. 920098, et il est né le 27 mai 2005. Le répondant ne m'a fourni aucune pension alimentaire avant et après l'accouchement. C'est pourquoi je prie pour que me soit accordé mon entretien passé, le paiement ou le remboursement des factures d'hôpital et la pension alimentaire pour l'enfant. Je demande 50,000 Shillings pour la facture d'hôpital. Je demande 7,000 Shillings pour l'entretien de mon enfant. Je demande également mes effets personnels, que j'ai laissés chez le répondant (deux matelas et des ustensiles de cuisine). (...) Je demande également mon mahr non payé de 10,000 shillings, comme indiqué sur mon certificat de mariage. Je n'ai pas de témoin »

Plus tard, contre-interrogée par le Kadhi, elle a encore précisé ses revendications, semblant déterminée à ce que justice lui soit rendue comme elle l'entendait et n'hésitant pas à mentionner le montant exact qu'elle souhaitait obtenir de son ex-époux :

« Le répondant avait l'habitude de nous donner de l'argent, 5,000 ou 2,000 Shillings, mais il n'a jamais précisé que cela faisait partie de ma dot. C'est pourquoi je maintiens qu'il n'a pas payé la dot de 10,000 Shillings sur laquelle nous étions d'accord. J'ai besoin de recevoir les 50,000 Shillings pour la facture d'hôpital parce que ma mère a laissé son titre de propriété comme garantie auprès d'un homme et en cas d'échec à payer, le titre de propriété restera avec l'homme. J'ai besoin d'environ 5,000 Shillings par mois pour l'entretien de mon enfant »

Cet exemple confirme que, devant le Kadhi, les femmes ne donnent pas l'image d'épouses soumises et dépendantes, mais savent se rebeller contre des époux négligents ou fautifs. Il serait néanmoins faux de considérer que toutes les femmes qui se présentent devant le magistrat musulman se montrent aussi confiantes et déterminées. Au contraire, les situations

¹¹⁷⁹ « ...in eloquent literary Arabic, free of dialect », *Ibid.*, p. 321.

varient très fortement selon les cas, certaines apparaissant très vulnérables et désespérées lorsqu'elles se présentent pour la première fois devant le juge. À plusieurs reprises, des femmes se sont effondrées en larmes en expliquant leur situation et d'autres, visiblement issues de milieux défavorisés, avaient un certain mal à s'exprimer devant le Kadhi. L'impression générale demeure néanmoins que, dans l'enceinte du tribunal de droit islamique, les femmes expriment leurs requêtes sans trop de retenue, loin des images stéréotypées de musulmanes silencieuses, soumises et réservées.

En outre, il est incontestable que la plupart de ces femmes obtiennent gain de cause et sur les vingt-huit plaintes d'origine féminine dans l'ensemble des litiges étudiés, une seule a fait l'objet d'un jugement défavorable à la plaignante¹¹⁸⁰. Dans dix-neuf autres cas, les plaignantes ont obtenu gain de cause, quatre demandes n'ont pas eu de suite, trois se sont résolues par consentement et une n'a pas fait l'objet d'un jugement. Faisant le même constat, Susan F. Hirsch affirme que les femmes musulmanes ne recourent au tribunal de Kadhi que lorsque leur mariage devient intenable, après avoir longtemps persévéré dans leur situation¹¹⁸¹. Dans ce cas, leurs requêtes sont recevables et légitimes, l'une des raisons pour lesquelles elles gagnent le plus souvent leurs procès. Il est vrai que, dans plusieurs cas, au cours de leurs dépositions, des femmes ont expliqué être lasses de la situation qui leur est faite, ce qui les pousse à demander l'aide du Kadhi, à l'image de Kauthar Haidar Naaman qui, le 15 septembre 2005, s'est exprimée devant le magistrat de Mombasa :

« Je m'appelle Kauthar Haidar. Je vis à Magongo. Je connais le répondant. Il est mon époux. Nous nous sommes mariés en 1997 selon le droit islamique. Nous sommes bénis de deux enfants : Hassan Khalid (6 ans) et Said Khalid (3 ans). Il (le répondant) nous fournit l'entretien, pour moi et mes enfants. Mais il me bat. La dernière fois, c'était après que je lui ai demandé de l'argent pour l'entretien. Il m'a dit qu'il n'en avait pas. Je lui ai dit que je partais. Alors que je partais, il m'a suivie et il m'a battue. Il m'a dit que si je partais, je n'avais pas intérêt à revenir. Un voisin est venu et lui a demandé pourquoi il me battait. Il ne m'achète pas de vêtements et il me bat dès que je lui demande de l'argent pour l'entretien. Maintenant, je suis fatiguée. Je demande la dissolution de mon mariage. Il prétend que j'ai d'autres hommes. Je veux la garde des enfants et la pension alimentaire. Je suis partie et après un mois, il est venu avec sa mère, chez moi. J'ai refusé de le suivre, mais il m'a battue. Il devrait payer les frais de scolarité et la pension pour les enfants. Cela fait maintenant 7 ou 8 mois que nous vivons séparés. Il a aussi refusé de me rendre mes effets personnels (...). Je n'ai

¹¹⁸⁰ Il s'agissait de l'affaire 54/2006 de Malindi. En réalité, dans cette affaire, où la plaignante demandait le paiement de sa dot et de la compensation pour sa période d'*Edda*, le Kadhi a rendu un jugement mitigé, accordant la dot, mais refusant la seconde demande. Le détail de l'affaire figure dans l'annexe 14.

¹¹⁸¹ HIRSCH, S.F., 1998, op. cit., p. 111.

jamais dit que je voulais rentrer. J'ai été aidée par ma famille. Je suis venue au tribunal parce que je suis fatiguée »¹¹⁸²

Dans un autre contexte, celui de l'Égypte, Bernard Botiveau souligne que « *les arguments invoqués à l'appui de demandes de divorce, appuyés sur les témoignages légalement requis, ne correspondent pas nécessairement aux faits en soi, mais plutôt à des faits "attendus", qui confirment une vérité admise de façon consensuelle : le plus souvent, ces arguments correspondent à des causes que l'on sait de nature à infléchir la décision du juge* »¹¹⁸³. Ces conclusions s'appliquent aussi à la manière dont les épouses formulent leurs plaintes auprès des Kadhis kenyans, invoquant plus rarement le comportement de leurs maris, qu'ils soient infidèles ou aient plusieurs compagnes, que les mauvais traitements matériels (défaut de paiement de la pension alimentaire) ou physiques (violences conjugales), car ces derniers sont plus facilement admis par le juge¹¹⁸⁴. D'ailleurs, même lorsque le comportement de l'époux est invoqué comme cause de divorce, il se mêle à d'autres accusations qui pourraient paraître plus recevables. Par exemple, Amina Ali Abdalla dans sa déposition, semblait souhaiter un divorce parce que son mari était infidèle, mais a aussi justifié sa demande par le fait que ce dernier la maltraitait :

« Je m'appelle Amina Ali Abdallah. Je vis à Kisauni Sokoni. Je fais du business pour gagner mon pain quotidien. Le prévenu était mon époux. Nous nous sommes mariés le 22 novembre 1998 et nous vivions à Kisauni. Nous n'avons pas d'enfant. (...) J'ai porté l'affaire devant le tribunal le 19 avril 2004, lorsque je l'ai surpris avec une autre femme. Lorsque je l'ai surpris, il m'a battue. En fait, habituellement, il me bat. Une fois, il a même été détenu par la police parce qu'il me battait. Lorsque je l'ai surpris avec cette femme, il m'a demandé de lui pardonner. Mais je l'ai surpris avec une femme une seconde fois. C'est à ce moment là que j'ai quitté sa maison et que j'ai décidé de déposer cette plainte. Lorsque j'ai déposé cette plainte, à son tour il a établi sa défense et il a prétendu que j'avais volé son argent. Les anciens sont intervenus en 2004 et nous avons laissé tombé l'affaire. J'ai alors demandé au plaignant pourquoi il avait affirmé que je lui avais volé 170,000 Shillings. Il m'a répondu que ce n'était pas le moment de parler de cela, mais nous avons soulevé le problème parce qu'il ne voulait pas divorcer. Je prie ce tribunal de dissoudre notre mariage, étant donné que nous ne nous entendons pas bien »¹¹⁸⁵

Le même cas de figure s'est présenté dans l'affaire civile 281/2004, au tribunal de Kadhi de Mombasa, où la plaignante a porté plainte contre son époux infidèle, en motivant sa demande par le fait que ce dernier ne lui fournissait aucune assistance financière :

¹¹⁸² Civil Case 117/2005, Mombasa. Voir l'annexe 14.

¹¹⁸³ BOTIVEAU, B., 1990, *op. cit.*, p. 190.

¹¹⁸⁴ BOTIVEAU, B., « 1979-1985, le droit de la famille en question », *Maghreb-Machrek*, 127, 1990, pp. 51-64.

¹¹⁸⁵ Civil Case 104/2004, Mombasa. Le détail de l'affaire figure dans l'annexe 14.

« Alors que nous étions mariés, il s'est engagé avec une femme qui était locataire, du nom de Jasinda, qui est depuis décédée. Nous avons construit la maison et je collectais le loyer. Il (le répondant) m'a dit qu'il collecterait le loyer auprès d'elle. Mais la femme ne payait pas son loyer. Elle était sa petite amie (du répondant). Il l'avait juste faite venir ici comme locataire pour avoir sa liaison avec elle, aveuglant mes yeux (...). J'ai eu un accrochage avec lui et la femme s'est enfuie. Plus tard, après le décès de Jasinda, il a eu une autre femme. Il (le répondant) m'a dit que la femme en question était venue comme docteur, mais que maintenant il était amoureux d'elle. Il m'a demandé de la chasser, étant donné qu'elle était venue comme médecin pour aider la femme qui est décédée. Je l'ai chassée et elle est partie. Plus tard, après quelques jours, une autre femme est venue à la maison pour lui. La femme a passé la nuit et le matin, il est parti avec elle. Il a passé la nuit avec elle et il est revenu le jour suivant. Il est revenu malade. Il avait la diarrhée. Lorsqu'il a été guéri, il est devenu grossier, à tel point que j'ai dû quitter la maison. Lorsque je suis partie, il a fait venir une autre femme à la maison. J'étais à mon shamba, à Kwale, lorsque je suis tombée malade. J'avais une coupure ouverte à l'estomac et je saignais. J'ai été transportée à l'hôpital et mes parents sont allés l'en informer. Il a dit à mes parents qu'il viendrait, mais il n'est jamais venu. C'est Khalifa qui a donné un prêt de 10,000 Shillings pour mon opération et pour les médicaments. Il n'a pas payé la facture médicale (...). Ma famille m'a demandé de porter plainte contre lui en raison de son refus de payer mes factures médicales. Je ne suis pas au courant du rapport de la police de Kilifi. C'est en raison de son habitude d'être un coureur de jupons que j'ai quitté sa maison (...). Depuis que j'ai quitté la maison en 2000, il ne m'a fourni aucune aide financière »¹¹⁸⁶

Ainsi, devant le Kadhi, les femmes se montrent libres d'exprimer leurs requêtes et, même s'il est assez fréquent qu'elles se rendent aux auditions accompagnées d'un homme, le tribunal demeure une institution utilisée en majorité par les femmes, qui y recherchent la protection de leurs droits.

b. Une institution qui protège les droits des femmes ?

La justice du Kadhi constitue pour les femmes une alternative efficace contre les abus de pouvoir à leur encontre et Mshali Hamisi Mshali, le Kadhi de Nakuru a insisté sur le fait que son institution assiste avant tout les épouses, afin qu'elles puissent jouir de leurs droits :

« Et pourquoi est-ce qu'elles se rendent au tribunal après avoir été répudiées ? Elles viennent et déposent plainte après leur divorce si leurs droits sont niés, en matière de dot, d'entretien. Si elles ont été répudiées et que leurs droits leur ont été refusés, alors elles ont aussi le droit de déposer une plainte pour que le tribunal se batte pour leurs droits »¹¹⁸⁷

¹¹⁸⁶ Voir l'annexe 14 pour le détail de l'affaire.

¹¹⁸⁷ « *And why do they come to the court when they have been divorced ? They come and file a case after divorce only if they have been denied some rights, like dowry, maintenance. If she has been divorced and these rights have been denied, then she also has a right to file for the court to fight for her rights* ». Propos recueillis à Nakuru, le 25 avril 2007.

À l'opposé, les demandes masculines sont plus rares et, mis à part des plaintes en matière d'héritage, les requêtes des hommes portent assez souvent sur le comportement de leur épouse, auxquelles certains souhaiteraient que le magistrat impose de rester de « bonnes » partenaires. Un cas assez typique est celui d'Adan Eidin Mahamud, un Somali rencontré à Nairobi. Marié, il reprochait à sa femme de ne pas lui obéir, justifiant sa démarche auprès du Kadhi dans les termes suivants :

« Nous avons des problèmes domestiques avec ma femme. Nous avons été mariés pendant 15 ans et nous sommes bénis de quatre fils. J'ai essayé d'éviter beaucoup de dégâts, mais il y a la guerre dans notre foyer. Elle ne veut pas suivre mes conseils et elle ne me montre aucun respect. C'est moi qui suis venu ici (...) Je ne veux pas un divorce. Je cherche simplement une conciliation, afin qu'elle soit une bonne femme et une bonne épouse, afin qu'elle me respecte, qu'elle soit aussi une bonne femme au foyer et qu'elle s'occupe de mes enfants, parce que cela est son devoir »¹¹⁸⁸

Ici, l'homme souhaitait donc que sa femme se comporte conformément aux attendus de l'idéologie patriarcale qui domine sa conception de la société. Il est d'ailleurs assez commun que des maris confrontés à des épouses « rebelles » s'en remettent au Kadhi pour que celui-ci convainque les femmes en question de se conduire en épouses obéissantes. De nombreux maris délaissés par leurs compagnes, implorent ainsi le Kadhi d'ordonner à ces dernières de réintégrer leur domicile. Enfin quelques doléances masculines reposent sur des demandes de réconciliation ou sur la garde des enfants. En revanche, rares sont les demandes de divorce, puisque les hommes jouissent du pouvoir de répudier leur épouse sans s'en référer à la justice.

En réalité, plus que le type de plaintes déposées par les hommes, il est surtout intéressant de relever certains comportements masculins en réponse aux requêtes formulées par leur épouse. Lorsque ces dernières portent plainte, il n'est pas rare que les maris refusent de répondre aux convocations du tribunal et certains, considérant que les différends matrimoniaux sont privés, ne témoignent pas toujours un très grand respect pour le travail du Kadhi. D'ailleurs, le nombre de jugements rendus ex parte, c'est-à-dire en l'absence de l'une des parties, est assez important, quasi exclusivement en présence de la femme seule. À titre d'exemple, en 2005, sur les 133 plaintes enregistrées par le tribunal de Nairobi, 85 ont fait

¹¹⁸⁸ « *We have domestic problems with my wife. We have been married for fifteen years and we have been blessed with four boys. I tried to avoid a lot of damages, but there is war in the house. She does not want to take my advice and she does not show me respect. I am the one who came here (...). I am not ready to divorce her. I want conciliation so that she can be a good woman and a good wife, so that she respects me and also she be a good house wife, take care of my kids, because that is her duty* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 29 mai 2006.

l'objet d'un jugement, dont 27 ont été tranchées ex-parte. Sur ces 27 cas, seuls deux plaintes émanaient d'un homme, la première concernant la demande d'un certificat de divorce et la seconde une question d'héritage. Pour le reste, toutes les plaintes avaient été initiées par des femmes, dont le mari avait refusé de se présenter à l'audition. Par exemple, dans l'affaire civile 128/2005, la plaignante, Fadia Saleh Mubarak a obtenu un jugement sans que son époux ne soit jamais apparu devant le juge. Dans son dossier, elle expliquait ne plus vivre avec lui depuis deux ans et habiter avec ses enfants en Tanzanie, alors que son mari réside toujours à Nairobi. Elle avait déjà demandé le divorce en août 2004, à Nairobi. Toutefois, son époux n'avait pas daigné se déplacer et, après cet échec, elle avait tenté d'obtenir le divorce en Tanzanie. Là-bas, on lui avait dit que son mariage ayant été célébré au Kenya, elle ne pouvait obtenir de divorce dans un autre pays. C'est pourquoi elle avait de nouveau demandé une audition auprès du Kadhi et, en l'absence de son mari, le juge lui a accordé le divorce selon ses souhaits, le 16 février 2006¹¹⁸⁹. Une autre affaire intéressante s'est déroulée au tribunal de Garissa. Le 22 mars 2007, un homme s'est présenté, expliquant au Kadhi que sa femme avait déposé plainte contre lui au camp de réfugié de Dadaab, pour un divorce qui lui avait été accordé. Mais l'homme a affirmé ne pas avoir pu se défendre. Dans ce cas précis, le Kadhi lui a expliqué que, dans la mesure où le divorce avait été prononcé, ses chances de pouvoir l'annuler étaient minces. Plus tard, après le départ de cet homme, le magistrat m'a confié que lorsque des femmes se présentent pour demander le divorce, de nombreux époux ne daignent pas se présenter pour leur défense. Le plus souvent, lorsque plusieurs convocations ont été adressées au mari et que celui-ci n'a pas donné suite, le Kadhi finit par accorder le divorce à l'épouse. Or, c'est souvent à ce moment-là que les hommes le sollicitent, prétendant alors qu'ils n'étaient pas au courant de la plainte et de la convocation¹¹⁹⁰.

De même, dans de nombreuses affaires où le divorce est initié par l'épouse, le mari nie les allégations de cette dernière et supplie le juge de ne pas donner raison à sa femme. Lors des auditions, les déclarations en ce sens se ressemblent souvent. Dans l'exemple choisi, issu du dossier de divorce 13/2005 à Kisumu, la femme a justifié sa demande de rupture d'union matrimoniale par la cruauté de son époux, qu'elle accusait de maltraitances et d'insultes envers sa famille. Pour sa défense, lors de l'interrogatoire qui s'est tenu le 16 janvier 2006, le mari, Abdi Abdullahi, a riposté :

¹¹⁸⁹ Voir l'annexe 14 pour le détail de l'affaire.

¹¹⁹⁰ Propos recueillis hors entretien. Garissa, le 22 mars 2007.

« Je jure que toutes ses allégations sont fausses. Nous nous sommes mariés en avril et après un mois, elle a quitté notre domicile, affirmant qu'elle se rendait au domicile de Mumin ... (*nom illisible*). Elle a quitté le domicile conjugal de nouveau en juillet 2006, pour se rendre au même endroit. Je l'ai envoyée chez son frère parce qu'elle était à un stade avancé de grossesse. Elle a été absente pour trois mois. Elle m'a menacé de ne pas revenir et a insulté mes parents. Vers octobre 2005, elle m'a annoncé qu'elle ne pouvait pas vivre avec moi et a demandé le divorce. J'ai refusé, mais elle a insisté. J'avais l'habitude de lui donner tout ce qu'elle souhaitait. J'ai besoin de ma femme et je l'aime. Je lui ai donné 1,800 Shillings et je lui ai de nouveau donné 2,000 Shillings dernièrement, le 18 janvier 2003. Aucun ménage harmonieux ne peut résulter de la situation de notre mariage »

Interrogé plus tard sur le jugement rendu par le Kadhi, Abdi Abdullahi a répété aimer sa femme et ne pas vouloir divorcer et il a confié ne pas être satisfait de la décision du juge¹¹⁹¹. D'ailleurs, en dehors du tribunal de Kadhi, nombre d'hommes se plaignent des jugements du magistrat qui, le plus souvent, ne leur sont pas favorables. Lors d'une discussion informelle avec Mohammed, un Somali vivant à Nakuru, celui-ci a avoué que, d'après lui, les tribunaux de Kadhis étaient beaucoup trop favorables aux femmes¹¹⁹², une opinion assez courante chez les hommes, comme l'a souligné l'avocat Ahmed Issack Hassan :

« Beaucoup d'hommes n'aiment pas les tribunaux de Kadhi. Vous savez, ce sont surtout les femmes musulmanes qui utilisent les tribunaux de kadhi. (...) Ainsi, la majorité des clients qui viennent auprès du tribunal de Kadhi sont en réalité des femmes et les hommes sont toujours ceux qui reçoivent des ordres du Kadhi, soit pour un divorce, soit pour payer l'entretien. C'est pourquoi je dirais que la plupart des hommes ne soutiennent pas les tribunaux de Kadhi (...). Vous pouvez avoir quelqu'un qui a reçu une injonction. Vous recevez un jugement du tribunal de Kadhi, un homme est censé payer l'entretien, mais parfois il n'en tient pas compte, ils n'ont aucun respect pour cela, ils n'obéissent pas à l'injonction. Mais en tant qu'institution, en tant qu'institution musulmane, ils les soutiennent, ils sont là pour nous, en tant qu'institution musulmane. Mais lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les injonctions, ils sont les premiers à désobéir »¹¹⁹³

¹¹⁹¹ Entretien réalisé à Kisumu, le 30 mars 2006.

¹¹⁹² Propos recueillis à Nakuru, le 21 février 2006.

¹¹⁹³ « *Well, a lot of men do not like the Kadhi's Courts. You know, it is mainly the Muslim women who use the Kadhi's Courts. Majority of the clients who go there are women. Either they go for maintenance, maybe the husband has failed to maintain her or the children, so she goes to the Kadhi's Court and get an order for maintenance. Or maybe she wants to divorce, but the husband does not want to divorce her, so she has to go to the Kadhi's Court to get that divorce. Or maybe the husband is cruel and is beating her, or maybe the husband has died and his brothers try to take away the property or to use it, so the woman has to come to the Kadhi to get an order for the distribution according to Islamic Law. So, most of the clients who come to the Kadhi's Court are actually women and men are always the ones who have to receive orders from the Kadhis, either to divorce or to pay maintenance. So, I would say that most of the men do not support the Kadhi's Courts (...). You can get someone who has been served an order. You get an order from the Kadhi's Court, a man is supposed to pay maintenance, but sometimes they disregard it, they have no respect for it, they do not obey the order. But as an institution, as an Islamic institution, they support it, it is there for us as a Muslim institution. But when it comes to implement the orders, to respect the orders, they are the first to disobey* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 8 février 2006.

Ceci pourrait sembler paradoxal, mais est en réalité plutôt logique, dans la mesure où les tribunaux de Kadhi ne sont pas utilisés par les hommes lorsqu'ils souhaitent divorcer. Les justiciables masculins peuvent donc considérer que ces institutions remettent en question le « contrôle » qu'ils pensent exercer sur leurs épouses et il n'est pas surprenant, même si les musulmans soutiennent les tribunaux de Kadhi en tant qu'institution, que ceux qui y ont perdu un procès se plaignent du magistrat. Certes, si l'on se base sur le nombre d'appels qui émanent d'une décision émise par un Kadhi, les jugements de ces derniers semblent le plus souvent satisfaire les parties. Mais selon les dires de certains magistrats, il n'est pas rare que des hommes, qui ont été condamnés, ignorent tout simplement un jugement lorsqu'ils n'en sont pas contents, en particulier lorsqu'il s'agit de payer une dot ou d'entretenir leur ex-épouse. Reconnaisant donner le plus souvent raison aux femmes, le Kadhi de Malindi a affirmé qu'en général les parties respectent ses verdicts, parce qu'ils s'y sentent obligés par la religion au regard de laquelle le jugement a été rendu¹¹⁹⁴. Pourtant, il a reconnu que certains hommes n'acceptent pas ses sentences, car, même si le refus de se conformer à une décision de justice constitue un délit criminel, les Kadhis ont des moyens limités pour forcer les parties à exécuter leurs arrêts. Par exemple, alors que les tribunaux civils peuvent exiger qu'une partie du salaire d'un homme soit automatiquement prélevée pour verser une pension alimentaire à son épouse, le Kadhi de Nairobi a reconnu ne pas jouir d'une telle prérogative¹¹⁹⁵.

Toutefois, comme l'a remarqué Ahmed Issack Hassan, les critiques ne s'adressent pas tant à l'institution qu'au Kadhi qui a rendu un jugement considéré comme injuste. Ainsi, le juge est parfois condamné pour ses verdicts estimés trop favorables aux femmes, mais demeure respecté en tant que représentant de la juridiction kadhiale. Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que l'institution est critiquée, même si Mohammed Ali, un justiciable interrogé à Kisumu juste après que le Kadhi lui ait annoncé qu'il avait accordé le divorce à sa femme, n'a pas caché pas sa colère contre le magistrat musulman et contre les tribunaux qu'il représente :

« Nous n'avions pas parlé. Je suis juste venu un jour de Nairobi et j'apprends que ma femme a divorcé. Je suis donc venu voir le Kadhi et je lui ai demandé comment il peut lui accorder un divorce comme cela, sans mon consentement ou sans que nous ayons parlé. Ensuite, il a juste dit que la fille voulait divorcer, alors il le lui a donné (...).

¹¹⁹⁴ Entretien réalisé à Malindi, le 11 décembre 2006.

¹¹⁹⁵ Propos tenus hors entretien.

Alors, si les choses se passent comme ça, il n'y a pas besoin d'avoir de tels tribunaux. Ils ne m'aident pas (...). Cela n'était pas juste, pour moi ce n'était pas juste (...). Maintenant, après avoir vu ce genre de chose, je ne vois pas le besoin d'avoir des tribunaux de Kadhi »¹¹⁹⁶

De tels propos ne surprennent pas, puisqu'ils émanaient d'une personne qui venait juste d'être condamnée et qui, ayant perdu son procès, possédait ses raisons d'être amère envers la justice. En revanche, l'analyse de Susan F. Hirsch, selon laquelle les Kadhis seraient critiqués en raison de leur qualité de fonctionnaires du Gouvernement ne paraît pas totalement exacte. Comme le souligne Erin Stiles au sujet de Zanzibar, bien que fonctionnaires, les Kadhis se distinguent des autres membres de la fonction publique, par leur rôle et leurs obligations religieuses¹¹⁹⁷. Aussi, il est assez rare qu'ils soient contestés pour leur qualité d'agents de la fonction publique, parce qu'ils ne sont pas toujours considérés comme tels et d'ailleurs, à aucun moment chez les justiciables rencontrés, le statut des Kadhis n'a été invoqué pour en critiquer l'autorité.

Dans le contexte d'une société encore patriarcale, la façon dont les hommes et les femmes font usage de la justice du Kadhi pour défendre leur libre arbitre conduit aussi à réfléchir à l'idée selon laquelle, « *la participation des hommes et des femmes swahilis musulmans dans les processus juridiques altère leurs positions domestiques en tant qu'individus et peut-être, alors que les décisions favorisant les femmes s'accumulent, transforme les rapports entre les sexes* »¹¹⁹⁸. Les femmes se tourneraient donc vers ces tribunaux en partie parce qu'ils leur permettent de déstabiliser l'autorité masculine au sein du couple et, symboliquement, au sein de la communauté¹¹⁹⁹. Dans ses travaux, portant sur la côte kenyane, Susan F. Hirsch considère ces institutions comme un lieu d'émancipation de la femme musulmane swahilie. Selon sa thèse, à l'époque post-coloniale, ces lieux sont devenus des forums de résistance à l'oppression vécue dans le mariage¹²⁰⁰. Pour tirer une telle conclusion, elle se base sur le constat d'une augmentation des litiges présentés par les

¹¹⁹⁶ « *We had not talked. I just came one day from Nairobi and I was told that my wife had divorced me. So, I came to the Kadhi and I asked him how he can give her a divorce like that, without my consent or without talking to me. Then, he said that the girl just wanted a divorce, so he gave her (...). If things will be going like that, there is no need to have these courts. They don't help me (...). That was not fair, to me me that was not fair* ». Entretien réalisé à Kisumu, le 28 mars 2006.

¹¹⁹⁷ STILES, E., 2002, *op. cit.*, pp. 315-316.

¹¹⁹⁸ « *... the participation of Swahili Muslim men and women in legal process alters their domestic positions as individuals and perhaps, as the decisions favoring women accumulate, transforms gender relations more generally* », HIRSCH, S.F., 1998, *op. cit.*, p. 245.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 239.

¹²⁰⁰ HIRSCH, S.F., 1994, *op. cit.*, pp. 207-230.

femmes. Par exemple, à Mombasa, les plaintes féminines sont passées de 18 en 1958 à 190 en 1982. Certes, en termes absolus, ce nombre pourrait s'expliquer par la seule croissance démographique de la ville, cependant, en termes relatifs, le nombre de demandes initiées par des femmes est passé de 40% en 1958 à 87% en 1982¹²⁰¹. Les chiffres obtenus plus récemment confirment une stabilisation de ce mouvement, puisqu'en 1990, 95% des litiges émanaient de femmes, 96% en 1995, 95% en 2000 et 90% en 2005. Tout comme les nouvelles données l'ont démontré, Susan F. Hirsch constate que les affaires portent souvent sur des thèmes voisins, en particulier sur les devoirs et les responsabilités masculines au sein du couple, sur le paiement de la dot, sur l'entretien, sur la désertion de l'époux, etc. De son analyse, elle conclut que l'utilisation du tribunal de Kadhi remet en cause les images stéréotypées de femmes opprimées par la loi musulmane, voilées, confinées au rôle d'épouse, silencieuses et n'ayant pas leur mot à dire face à des hommes qui peuvent unilatéralement les rejeter¹²⁰².

Il a été démontré ici aussi que, devant le Kadhi, les femmes musulmanes expriment leurs critiques envers leur époux et leurs revendications. Pourtant, leur propension à faire valoir leurs droits dans ce cadre, « *en contribuant à renforcer les attendus de la shari'a, a pour conséquence de préserver la hiérarchie des catégories juridiques qui la fondent, et partant de perpétuer les rapports d'inégalité en droit entre les femmes et leurs pairs masculins* »¹²⁰³. En effet, si les femmes ont plus volontiers recours à la justice du Kadhi, c'est aussi parce qu'elles sont juridiquement faibles. D'ailleurs, Susan F. Hirsch reconnaît que le pouvoir du Kadhi reste limité, dans la mesure où il ne peut rien faire contre les pratiques de divorce unilatéral ou pour empêcher certains hommes d'ignorer ses décisions¹²⁰⁴. De ce point de vue, le symbolisme du tribunal de Kadhi est plus complexe qu'il n'y paraît, dans la manière dont il est utilisé par les hommes ou par les femmes selon des modalités variables. Certes, il représente un outil d'émancipation de la femme de la tutelle de son époux, mais il reflète aussi son statut subordonné, en réaffirmant les limites des prérogatives que lui confère son statut juridique. De plus, comme l'a souligné Attiya Warris, si le recours au tribunal de Kadhi par les femmes donne l'impression qu'elles sont le plus souvent les initiatrices des procédures de divorce, cela tient avant tout au fait que, contrairement aux hommes, elles n'ont

¹²⁰¹ BROWN, B.B., 1993, *op. cit.*, pp. 94-101.

¹²⁰² HIRSCH, S.F., 1998, *op. cit.*, pp. 1-3.

¹²⁰³ GRANGAUD, I., « Le *qâdhî*, la femme et son prétendant (Constantine, XVIII^e siècle) », *Clio*, n° 9, 1999. Si ces propos se rapportent à un contexte historique et géographique très différent de la présente étude, ils demeurent néanmoins pertinents pour d'autres situations.

¹²⁰⁴ HIRSCH, S.F., 1998, *op. cit.*, p. 10.

pas d'autre moyen pour rompre leur union matrimoniale¹²⁰⁵. D'ailleurs, le magistrat de droit islamique ne peut prononcer un divorce en faveur d'une femme que si elle invoque certains manquements de son époux. Dans la pratique, les juges se montrent assez souples à ce sujet, mais il n'en demeure pas moins que, pour sa part, le mari peut répudier son épouse comme bon lui semble. De même, la possibilité d'un divorce conventionnel ou *Khul*, qui représente une forme de divorce dans laquelle la femme « achète » la répudiation, prononcée par le mari, ne se fait pas au bénéfice de l'épouse puisque la concession qui semble être accordée à la femme implique un sacrifice financier. Dans ce cas, la femme doit donc dédommager son mari du divorce, une pratique qui révèle encore un statut inférieur.

La description des tribunaux de Kadhi comme une institution destinée aux femmes correspond donc avant tout à une réalité quantitative, ces dernières étant les plus nombreuses à initier des affaires. Toutefois, d'un point de vue qualitatif, le rôle de l'institution est beaucoup plus complexe, contribuant incontestablement à l'émancipation juridique des femmes, mais confirmant aussi les différences de statut entre les sexes, telles qu'imposées par le droit islamique. Cette complexité tient encore à la manière dont les justiciables emploient ces institutions et savent parfois alterner entre les multiples cours de justice qui s'offrent à eux.

II- Valeurs islamiques et négociations dans le recours au droit.

L'analyse des systèmes juridiques nécessite d'étudier les catégories de sens par lesquelles les participants eux-mêmes conçoivent leurs expériences et agissent en fonction de leurs représentations du monde¹²⁰⁶. Or, si les musulmans recourent aux tribunaux de Kadhi et souhaitent leur maintien, cela tient pour partie au fait qu'ils perçoivent l'ordre juridique étatique « *comme inadapté à leurs modes de vie, voire complètement étranger à leurs conceptions du monde* »¹²⁰⁷. Pour eux, le rôle et l'importance du droit sont inséparables de ses liens avec un vaste ensemble de pratiques sociales et culturelles¹²⁰⁸ et la reconnaissance officielle du droit islamique par l'État n'explique pas à elle seule pourquoi les fidèles se rendent auprès de cette institution. Les valeurs véhiculées par ce tribunal contribuent aussi à justifier leur attachement aux tribunaux de Kadhis. Ainsi, la manière dont les individus

¹²⁰⁵ Entretien réalisé à Nairobi, le 10 août 2006.

¹²⁰⁶ ROSEN, L., 1989, *op. cit.*, p. 101.

¹²⁰⁷ BOTIVEAU, B., 1993, *op. cit.*, p. 251.

¹²⁰⁸ ROSEN, L., 1989, *op. cit.*, pp. XIV-XV.

comprennent leur environnement juridique et agissent dans un contexte où leurs normes sociales et le droit lui-même sont pluriels sont à considérer pour tenter de comprendre les motifs du recours aux juridictions kadhiales.

Au Kenya, le droit de la famille possède un caractère optionnel et chacun est en mesure de choisir à quelle catégorie de normes –civile, religieuse ou coutumière- il souhaite se rattacher. Pour que le droit islamique s'applique à un individu, ce dernier doit donc se rendre au tribunal de Kadhi selon une démarche volontaire. Comme le souligne Amsatou Sow Sidibe au sujet de la législation successorale au Sénégal, la question de la volonté pose un problème similaire à celui qui existe pour les contrats internationaux, où l'on fait appel à cette notion pour déterminer le droit applicable dans le cadre d'un conflit de lois. Ici, c'est la volonté du justiciable de se rattacher à telle ou telle catégorie de droit qui détermine selon quel type de normes et par quel tribunal il sera jugé. Amsatou Sow Sidibe souligne aussi que deux éléments peuvent influencer sur la volonté : d'une part, des motifs d'ordre matériel (quelle est l'institution auprès de laquelle les intérêts du plaignant seront le mieux garantis) et d'autre part, des motifs d'ordre moral, qui reposent sur des valeurs particulières et sur le sentiment d'appartenir à une communauté de statut¹²⁰⁹. Au Kenya, pour un certain nombre de musulmans, le recours au tribunal de Kadhi ne répond à aucune stratégie, mais est une évidence, car c'est le seul tribunal qui possède un sens à leurs yeux et dont ils comprennent la logique et le but. Toutefois, d'autres peuvent se livrer à des actes de contournements, à des décisions rationnelles, lorsqu'ils ont à choisir entre les différentes instances qui s'offrent à eux. Ce sont ces comportements variables qu'il s'agit ici d'étudier.

Réfléchir à la manière dont le droit influence la vie quotidienne des individus et participe de l'affirmation d'une identité particulière implique encore de s'interroger sur la pluralité des normes et des valeurs auxquelles ces individus peuvent se rattacher, en particulier dans un contexte où l'islamisation s'est opérée à des époques et selon des modalités diverses et où les religions monothéistes n'ont pas fait disparaître toutes les croyances locales. Les compréhensions du droit diffèrent selon que les justiciables se réfèrent à des modèles locaux ou généraux. De même, les pratiques sociales, et donc les pratiques juridiques, ne naissent pas toutes de règles explicites mais dépendent aussi de logiques culturelles et endogènes aux personnes et aux groupes. D'un point de vue anthropologique, le

¹²⁰⁹ SIDIBE, A.S., 1991, *op. cit.*

pluralisme ne se limite pas à la reconnaissance par l'État de divers systèmes de droit, mais englobe aussi l'étude de divers systèmes normatifs en compétition, incluant les modes non-étatiques de règlement des litiges¹²¹⁰. Or, dans un contexte où chaque groupe social génère et peut appliquer son propre mode de régulation endogène, la force unificatrice du droit islamique n'est pas parvenue à empêcher certaines normes locales, parfois contraires aux règles religieuses, de garder un sens aux yeux d'une partie des justiciables.

1) Les différentes logiques identitaires dans le recours au droit

Amina Bashir, une avocate musulmane, interrogée sur la signification qu'avaient, à ses yeux, les tribunaux de Kadhi, a affirmé : « ...*cela fait partie de notre histoire, cela fait partie de notre héritage, cela fait partie de nos vies* »¹²¹¹. Pourtant, comme il l'a été démontré, il ne s'agit pas d'une institution de la vie quotidienne de tout fidèle et son utilisation paraît plutôt exceptionnelle. Mais ici Amina Bashir exprime ce que signifie pour elle le choix de recourir à un certain ordre juridique plutôt qu'à un autre, dans une situation où l'utilisation de différentes instances de règlement des différends est possible. Le droit reflète, en effet, l'adhésion à un certain système de valeurs et, derrière le choix d'une institution, il y a aussi celui de principes, d'une vision de ce qui est bien et juste et d'une conception particulière de la société. Or, la loi islamique constitue le fonds commun de valeurs et de normes qui seraient les plus représentatives de la culture et de la société qui se réclament de l'islam. Ainsi, dans un contexte de pluralisme juridique où l'islam est minoritaire, les institutions kadhiales participent à la consolidation d'un système culturel propre, pour une communauté ayant des valeurs et des règles spécifiques.

L'utilisation du tribunal de Kadhi constitue encore un signe d'affirmation de son appartenance à l'islam, dans la mesure où le Kadhi ne juge que des musulmans. Pour ceux qui l'emploient, l'institution concourt parfois à la prise de conscience de préceptes ou d'obligations qu'ils ignorent et renforce de ce fait l'influence du droit islamique sur le quotidien des fidèles. Le choix de recourir au tribunal de Kadhi ne répond donc pas seulement à une défiance vis-à-vis des institutions étatiques, mais aussi au sentiment de se conformer aux principes encouragés et promus par la loi religieuse. À l'époque contemporaine, la

¹²¹⁰ WOODMAN, G.R., 1996, *op. cit.*, pp. 152-167.

¹²¹¹ « ... *this is a part of our history, a part of our heritage, this is a part of our lives* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 19 octobre 2005.

religiosité dévotionnelle croissante chez certains musulmans exprimerait une tentative de réponse à une crise intellectuelle et émotionnelle, avec l'idée qu'un retour au « vrai » islam résoudrait les problèmes auxquels sont confrontés les fidèles¹²¹². Selon cette logique, les institutions kadhiales et l'attachement parfois passionnel que leur vouent les fidèles, participent de l'affirmation d'une identité spécifique et confirment le symbolisme du recours à une législation particulière, considérée comme parfaite.

Toutefois, les motifs invoqués par les justiciables pour justifier leur préférence pour les tribunaux de Kadhi diffèrent parfois des raisons concrètes d'un tel choix. Entre le respect des valeurs islamiques et certaines normes sociales ou économiques, la marge de liberté des individus est parfois limitée. En outre, si le recours au tribunal de Kadhi exprime l'adhésion aux valeurs islamiques, puisque les affaires qui y sont traitées portent sur les outils de reproduction et de différenciation par excellence –mariage et divorce-, il importe aussi de se demander dans quelle mesure il peut refléter les hiérarchies sociales et les différences de statut.

a. Ethnicité et islamité.

D'après Ahmednassir Abdullahi, un avocat de Nairobi, les tribunaux de Kadhi ne sont pas aussi usités dans les autres régions du Kenya que sur la Côte, où ils font partie de l'histoire et même de la culture régionales, et où les habitants seraient plus habitués à porter leurs différends matrimoniaux devant ces institutions¹²¹³. Présents à l'origine le long de la Côte kenyane seule, où ils furent « importés » par le Sultan de Zanzibar, les tribunaux de Kadhi ont été, dans l'histoire locale, associés aux musulmans arabes et swahilis. Dans cette zone, ils auraient permis d'établir et de maintenir une frontière sociale entre ce groupe et les autres musulmans¹²¹⁴. Se basant sur le constat que les Kadhis étaient tous swahilis et administraient les institutions selon les normes dominantes de leur groupe, Marc J. Swartz conclut ainsi que ces tribunaux contribuèrent à la perpétuation des différenciations sociales et ethniques entre musulmans :

¹²¹² HASSAN, R., « Imaniging Religion : Self-Images of Islam in the Late Twentieth Century », *Asian Studies Review*, Vol. 25, No. 2, juin 2001, pp. 131-151.

¹²¹³ Entretien réalisé à Nairobi, le 28 octobre 2005.

¹²¹⁴ SWARTZ, M.J., « Religious Courts, Community, and Ethnicity Among the Swahili of Mombasa. An Historical Study of Social Boundaries », *Africa*, 49 (1), 1979, pp. 29-41.

« De ceux qui ne se voyaient (et ne se voient) pas comme partageant les mêmes ancêtres que les Swahilis, seuls ceux qui partagent leurs orientations idéologiques et, au moins une partie de leurs signes diacritiques, choisissent d'utiliser les mêmes tribunaux et se soumettent aux décisions des Kadhis. Cela place les Swahilis de Mombasa et ceux qui, au cours des années ont été impliqués avec eux dans les communautés politiques, à l'écart non seulement des non-croyants, mais également des musulmans des autres groupes ethniques »¹²¹⁵

La non-utilisation de l'institution kadhiale est ici envisagée comme un élément d'auto-exclusion de certains groupes qui, bien que convertis, ne se sentaient pas aussi musulmans que les *Wazilawa*, « ceux nés dans la foi », comme se désignaient eux-mêmes les Swahilis. Même si l'islam considère que tous les groupes ethniques sont égaux et possèdent les mêmes droits politiques, sociaux et culturels¹²¹⁶, il est vrai que, dans l'histoire de la Côte, le prestige associé aux Arabes et aux Swahilis représentait la base de discriminations et il n'est pas étonnant que celles-ci aient trouvé un lieu d'expression dans les juridictions kadhiales. Pourtant, l'analyse de Marc J. Swartz semble dater et ne correspond plus à la situation contemporaine. Certes, du point de vue du contrôle des tribunaux islamiques, les « hiérarchies » ethniques pourraient toujours trouver un terrain propice, d'autant plus que même de nos jours, l'islam représente toujours une marque de prestige pour les Swahilis¹²¹⁷. Historiquement, la proximité ethnique du juge a, en effet, pu affecter sa légitimité et pour les Swahilis, le fait que les juges appartiennent à leur communauté constituait une garantie de respect, non seulement de leur religion, mais aussi de leurs valeurs. Aujourd'hui encore, les Kadhis sont en majorité Swahilis, pourtant un nombre non négligeable de magistrats est également somali. Mais surtout, cette prépondérance n'affecte pas la légitimité du magistrat aux yeux des justiciables ou n'influence pas les caractéristiques ethniques des utilisateurs. Au contraire, parmi les personnes interrogées au hasard des rencontres auprès des divers tribunaux de Kadhi, des individus de groupes ethniques variés se côtoyaient. Certes, les chiffres sont légèrement biaisés car les entretiens ont été réalisés pour une grande partie à Nairobi. Or, à Mombasa, la plupart des plaideurs sont toujours Swahilis ou Arabes, mais cela tient au fait que, sur la Côte, ces deux groupes sont majoritaires parmi les musulmans. Et, s'ils

¹²¹⁵ « Of those who did (and do) not view themselves as sharing common ancestors with the Swahili only those who share their value orientations and at least some of their other non-legal diacritical signs choose to use the same courts and subject themselves to the decisions of the Kadhis. This sets the Mombasa swahili and those who over the years have been involved in political communities with them apart not only from non-believers but also from Muslims of other ethnic groups ». SWARTZ, M.J., « Religious Courts, Community, and Ethnicity Among the Swahili of Mombasa. An Historical Study of Social Boundaries », *Africa*, 49 (1), 1979, p. 37.

¹²¹⁶ ATAMAN, M., 2003, *op. cit.*, p. 95.

¹²¹⁷ Il existe de nombreuses études sur la société swahili: MIDDLETON, J., 1992, *op. cit.*, LE GUENNEC-COPPENS, F. et CAPLAN, P. (dir.), *Les Swahili entre Afrique et Arabie*, Paris : Karthala, 1991 ; LE GUENNEC-COPPENS, F. et PARKIN, D. (eds.), *Autorité et pouvoir chez les Swahili*, Paris : Karthala, Nairobi : IFRA, 1998.

demeurent les plus nombreux, ils ne sont pas les seuls à fréquenter l'institution puisque, parmi les affaires étudiées, plusieurs concernaient des litiges portés par des Indiens ou des Mijikendas. Pour le reste, les vingt-cinq entretiens réalisés traduisent une grande diversité quant à l'origine ethnique des plaideurs. Ainsi, cinq étaient somalis, quatre indiens, trois arabes, deux swahilis, deux kikuyus et les autres issus de diverses communautés (afro-indien, embu, arabo-indien, nubien, taita, luo, gari, borana, kamba). Aussi, l'idée selon laquelle les tribunaux de Kadhi seraient une institution dont les musulmans non arabes ou non swahilis s'auto-excluent correspond à la réalité d'une certaine époque, mais aujourd'hui, institution étatique utilisée par les fidèles toutes ethnies confondues, les tribunaux de Kadhi ne sont plus perçus comme marquant une frontière entre les Swahilis et les autres musulmans.

Par contre, les Indiens se singularisent¹²¹⁸ et, si un certain nombre ont été rencontrés auprès de l'institution kadhiale, ils en demeurent des utilisateurs exceptionnels. Dans l'imaginaire kenyan, les « *Asians* », qui pour la majorité sont aussi des Kenyans, ne sont pas bien intégrés au reste de la population et ils sont accusés d'avoir un comportement souvent endogame. Beaucoup d'Indiens sont musulmans et la communauté de religion pourrait constituer un point de convergence avec les Africains. Or, l'existence d'un certain « racisme » anti-indien dépasse le cadre des solidarités liées à l'appartenance à l'Umma, parce que la religion ne transcende pas d'autres facteurs de différenciations. D'ailleurs, même chez les Indiens sunnites, l'utilisation du tribunal de Kadhi demeure plutôt rare, ceux-ci préférant résoudre leurs différends domestiques et successoraux dans le cadre de la famille étendue ou de conseils volontaires, qui existent depuis l'arrivée des premiers migrants indiens. Toutefois, il semble difficile de tirer des conclusions systématiques en la matière car, s'il est plus rare de rencontrer des Indiens auprès du tribunal de Kadhi, que ce soit pour la résolution de différends ou même pour la célébration de mariages, cela n'est pas totalement exclu.

De façon plus générale, les juridictions kadhiales joueraient donc un rôle intégrateur, apparaissant, pour ceux considérés « moins musulmans », comme la preuve de leur islamité. Le recours optionnel à ces institutions contribue à cette affirmation puisque, en choisissant ce tribunal plutôt qu'un autre, les justiciables manifestent leur appartenance à une religion particulière. D'ailleurs, parmi les personnes interrogés, les convertis d'ethnies majoritairement chrétiennes se sont montrés parmi les plus attachés à prouver que les

¹²¹⁸ Au sujet des communautés indiennes du Kenya : MANGAT, J.S., 1969, *op. cit.* ; SALVADORI, C., 1989, *op. cit.* ; ADAM, M., 2006, *op. cit.*

tribunaux de Kadhis étaient la seule institution qu'ils pouvaient employer, en raison de leur religion. C'est ainsi qu'Aisha, une musulmane kikuyue, a affirmé :

« C'est très important parce que notre charia islamique est dans le Coran, c'est la loi de Dieu. Si vous m'épousez selon la charia, nous devons divorcer selon la charia, parce que dans aucun cas je ne peux me rendre auprès de la Haute Cour (...). Mais nous obtenons nos services si nous venons ici. Si je veux me marier, ils le feront conformément au droit islamique et c'est la même chose si vous voulez divorcer »¹²¹⁹

Les musulmans toutes ethnies confondue se sont donc « approprié » l'institution et le recours au tribunal constitue un moyen d'affirmer son identité de musulman. De plus, en raison de la multiplication des tribunaux de Kadhi à travers le pays, ils ne peuvent plus être considérés comme un signe de différenciation sociale entre les diverses communautés. Ainsi, et parce qu'il concerne un aspect du droit essentiel à la reproduction sociale, le tribunal de droit musulman participe de l'intégration au groupe. L'utilisation de la justice dans un système pluraliste constitue un élément de définition des frontières sociales, culturelles ou, ici, religieuses, lorsque le recours à différents tribunaux est possible. Le tribunal est donc utilisé par tous ceux qui se revendiquent musulmans et se différencient des autres Kenyans dans le domaine du droit familial.

b. Une affirmation de la fierté d'être musulman par le recours au tribunal.

L'arbitrage entre les modes extra-judiciaires de règlement des différends et le recours au tribunal répond, comme il l'a été expliqué, à des considérations souvent matérielles et au fait que la résolution du problème n'a plus d'autre issue qu'une décision de justice. Mais, lorsqu'un musulman se décide à porter un différend devant le Kadhi plutôt que devant tout autre magistrat, les motivations sous-jacentes en disent long sur ce que, au-delà de leur fonction judiciaire, peuvent représenter le juge et son institution pour les fidèles. La façon dont les musulmans parlent de leur tribunal, les raisons sociologiques et les motifs qu'ils invoquent pour expliquer le choix de recourir à cette cour de justice révèlent aussi cette dimension symbolique de l'institution kadhiale. Dans l'enceinte du tribunal de Kadhi, où les chrétiens sont rares, sauf parfois les avocats, les fidèles se retrouvent entre coreligionnaires.

¹²¹⁹ « It is very important, because our Islamic Sharia is in the Koran, it is the Sharia of God. If you marry me with the Sharia law, you have to divorce me according to the Sharia law, because there is no way I would go to the High Court and they will dissolve my marriage, they don't like (...). But we are getting our services if we come here, if I want to get married, they will do it according to Islamic law, and the same if you want to divorce ». Entretien réalisé à Nairobi, le 31 mai 2006.

Ils ont donc plus confiance envers cette institution qu'envers les autres tribunaux. La plupart des justiciables invoquent ainsi la communauté de religion avec le juge pour justifier leur préférence. Pour eux, il ne s'agit pas d'une instance ordinaire et plusieurs interlocuteurs ont affirmé qu'elle était la seule à laquelle ils pouvaient recourir. Si l'utilisation de cette juridiction est optionnelle, d'un point de vue symbolique et personnel, se rendre auprès du Kadhi est considéré comme une obligation quasi religieuse, plus que comme un choix volontaire, dans la mesure où la loi islamique est envisagée comme un code parfait auquel on ne saurait déroger. C'est ce qu'a exprimé Faiza Wanjiku Wambui, interrogée sur les motivations de son choix pour cette institution :

« Parce que je suis musulmane, je dois venir ici. Il [son mari] est aussi musulman et s'il y a un moyen que nous trouvions une solution, le Kadhi connaîtra le moyen de nous réconcilier à travers cette procédure, de faire marcher les choses. Et au moins, j'ai porté l'affaire devant quelqu'un qui a plus de pouvoirs, quelqu'un que les gens vont écouter »¹²²⁰

C'est le même discours qu'a tenu Huzeila Awasi Salahaddin, pour qui il est important de recourir au Kadhi, avant tout parce qu'il applique le droit de sa religion :

« Notre religion n'est pas comme les autres. Tout le monde a des droits, les femmes ont leurs droits, les enfants ont leurs droits (...). Ce n'est pas juste pour une femme ou un homme de rester dans un mariage qui ne le satisfait pas (...). Bien que notre religion n'aime pas le divorce, s'il n'y a pas d'autre solution, il est mieux de se séparer. Et c'est seulement auprès du Kadhi. Le Kadhi est un musulman et il connaît les règles dans notre religion, il connaît le Coran tellement bien, donc il peut nous conseiller en respect de notre religion. Les autres tribunaux ne peuvent pas nous aider. Si je vais dans n'importe quel autre tribunal que le tribunal de Kadhi, ils ne sauront pas ce que requiert ma religion »¹²²¹

Aux yeux des fidèles, le Kadhi apparaît donc comme celui qui connaît le droit, leur droit, alors que nombre d'entre eux ne sont pas toujours très au fait des subtilités de la loi islamique, tout en n'envisageant pas d'être soumis à un autre code. Fuad, rencontré à Nairobi en mai 2006, s'est exprimé dans ce sens :

¹²²⁰ « *Because I am a Muslim, I have to come here. He is also a Muslim and if at all we are supposed to work things out, he will know of a way of putting us through that procedure, trying to make things work out. And at least I have brought to somebody who has more powers, someone people will listen to* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 22 juin 2006.

¹²²¹ « *Our religion is not like others. Everyone has rights, women have their rights, children have their rights (...). It is not right for a woman or a man to stay in a marriage that does not satisfy him or her (...). Although our religion does not like divorce, but if there is no other way, it is better to get apart. And it is only in Kadhi's Court. The Kadhi is a Muslim and he knows the rules in our religion, he knows the Koran so well, so he is going to advise us according to our religion. Any other court cannot help us. If I had gone to any other court apart from Kadhi, they would not know what our religion wants* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 15 mars 2006.

« Nous devons avoir un Kadhi pour les questions de mariage, de propriété, nous allons chez le Kadhi. En tant que musulmans, nous avons normalement un Kadhi. Premièrement, parce qu'il est musulman, il suit les règles et les conditions de l'islam, ce qui signifie qu'il suit le Coran, ce qui donne la bonne direction pour traiter nos affaires. Il est un guide, comme un guide à travers le Coran. Nous n'avons pas étudié le Coran de manière très approfondie, donc nous venons voir quelqu'un comme lui, parce qu'il sait plus. Mais autrement, si nous lisons le Coran, nous aurons la même réponse, parce qu'il ne peut rien apporter de son esprit. Il va suivre le Livre (...). Nous ne pouvons pas nous rendre devant quelqu'un qui ne connaît pas la religion. Si nous devons aller au tribunal pour une question qui concerne un mari et une femme, nous ne pouvons pas aller devant les autres tribunaux, parce qu'il ne sait pas comment résoudre cette question en tant que musulman. Nous, musulmans, nous devons avoir un Kadhi, qui peut nous aider, il connaît les procédures »¹²²²

De même, un peu plus tard, lorsqu'il a expliqué ses motivations, il a détaillé les raisons pour lesquelles il lui paraissait important de se rendre auprès du Kadhi et pas d'un autre magistrat :

« Aujourd'hui, j'ai un problème qui concerne une question de propriété, comment la diviser... Si je vais au tribunal, que vont-ils me dire ? Lorsque je me rends auprès du Kadhi, c'est plus facile, il va suivre la règle et il va nous donner le ratio exact, sans que je prenne plus ou que quelqu'un ne prenne plus. Je suis venu ici au sujet de biens qui concernent ma femme. Son père est décédé il y a très longtemps, lorsqu'elle était très jeune. Son père lui avait construit une maison et quelqu'un d'autre s'est marié à la mère. Les biens étaient au nom de la mère et de sa fille. Maintenant, la fille a grandi et elle veut connaître sa part. C'est la question principale, ce pourquoi je suis venu ici, pour savoir exactement ce qui nous revient. Je veux obtenir conseil du Kadhi, il va nous dire ce qu'il en est d'après le Coran, quelle part est ce que la mère devrait obtenir, parce que son mari est décédé, et quelle part pour la fille »¹²²³

Ces discours indiquent que la préférence pour le Kadhi et la méfiance parfois exprimée envers la justice rendue par les autres tribunaux, reposent avant tout sur le sentiment que le juge de

¹²²² « We have to have a Kadhi, when it comes to marriage, to properties, we go to the Kadhi. So, as Muslims, we normally have a Kadhi. First thing, because he is a Muslim, he follows the rules and conditions of Islam, which means he follows the Koran, which gives us the right way of handling our cases. He is a guidance, he is like a guide through the Koran. We did not study the Koran really deeply, so we come to someone like him, because he knows more. But otherwise, if we go through the Koran, we will get the same answer, because he cannot bring anything from his mind. He will follow the Book (...). We cannot go to someone who does not know the religion. If we go to court, if there is any case regarding husband and wife, we cannot just go to a magistrate, because he does not know how to solve it as a Muslim. So, we Muslims, we have to have a Kadhi, who can assist, he knows the procedure ». Entretien avec Fuad, réalisé à Nairobi, le 30 mai 2006.

¹²²³ « Today, I have a problem, regarding a property issue, how to divide it... I go to the court, what would they tell me ? When I come to the Kadhi, it is easier, he will follow the rule and he will give us the exact ratio, without me taking more, or someone taking more. I came here for a property regarding my wife. Her father passed away long time, when she was very young. Her dad made for her a house and someone else got married to the mother. The property was written under the mother and her daughter. So, now the daughter has grown, she is married and she wants to know her share. That is the main issue, why I came here, to get exactly what belongs to us. I want to get advice from the Kadhi, he will tell us according to the Koran, what shares should the mother get, because her husband passed away, and the daughter as well ». Entretien avec Fuad, réalisé à Nairobi, le 30 mai 2006.

droit musulman, professant la même religion et possédant une connaissance approfondie de l'islam et de la charia, représente le seul magistrat en mesure de donner un jugement juste et conforme aux principes de la religion. Ceci exprime encore le statut ambigu du juge musulman, qui est statutairement un fonctionnaire, mais que les fidèles considèrent aussi comme un leader religieux, de par sa qualité de lettré et en raison du prestige qui entoure sa fonction.

D'une certaine manière, la préférence pour les tribunaux de Kadhi révèle aussi une confiance moindre dans les institutions étatiques. Comme le soulignent Gerti Hesselning et Etienne Le Roy à propos du droit coutumier, « *Tant que les performances des instances juridiques, administratives et judiciaires étatiques n'auront pas apporté l'assurance d'une plus grande efficacité des dispositifs et des formalismes officiels, le plus grand nombre des acteurs continuera à recourir à des formes plus ou moins métissées et coutumières d'encadrement des sociétés* »¹²²⁴. De même, au Kenya, la justice est souvent accusée de corruption et, bien que faisant partie du système national, les tribunaux de Kadhi, en raison de leur association à l'islam, apparaissent plus crédibles aux yeux des fidèles. En outre, opter pour une autre juridiction, comme la Haute Cour, serait considéré comme une trahison des idéaux de l'institution musulmane, comme une manière d'en minimiser l'importance¹²²⁵. C'est ainsi que Hassan Suleiman, clerk du Kadhi de Nairobi, a affirmé :

« Vous savez, l'islam prend soin de ces questions du début à la fin. Il y a un aspect psychologique, et puis il y a la foi : si vous avez foi en l'islam, vous avez foi en le Kadhi, vous avez foi dans le système de la charia islamique et la plupart des individus ne voient pas le besoin de se rendre auprès de la Haute Cour, qui est a-islamique »¹²²⁶

Au contraire, devant le Kadhi, le jugement est rendu dans le respect de la foi et donc considéré plus juste. Il existe aussi un aspect symbolique, l'idée selon laquelle les tribunaux de Kadhi protègent et conservent la culture et la dignité de l'islam¹²²⁷. Le recours à cette cour de justice exprime donc la fierté d'être musulman et de posséder un système de droit complet, unique et particulier qui, malgré la façon dont il est parfois perçu par les non-musulmans, est

¹²²⁴ HESSELING, G. et LE ROY, É., 1990, *op. cit.*, p. 11.

¹²²⁵ Idées exprimées par Ahmed Issack Hassan. Nairobi, le 8 février 2006.

¹²²⁶ « *You know, Islam takes care of these matters right from the beginning, there is the psychological aspect, then there is the faith : if you have faith in Islam, you have faith in the Kadhi, you have faith in the Islamic sharia system and most people do not see the need to go to the High Court* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 29 novembre 2005.

¹²²⁷ Entretien avec Salim Surur Salim, « elder » musulman. Kisumu, le 28 mars 2006.

considéré comme équitable, selon les propos d'Abdullahi Abdi, le Président du *National Muslim Leaders Forum* :

« Notre système est complètement différent (...). Il est vrai que l'homme a plus de pouvoir en matière de divorce, parce qu'il peut toujours obtenir un divorce sans avoir à se rendre devant une cour de justice. Ayant dit cela, il y a des répercussions. Il peut répudier sa femme, mais il n'y a pas que cela. Il doit l'entretenir pour une certaine période, il doit entretenir la famille entière et il doit la dédommager de toutes les choses sur lesquelles ils s'étaient mis d'accord avant le mariage. Mais les médias vont toujours dire que l'homme musulman peut répudier sa femme, même si les choses ne sont pas aussi simples que cela, parce que la femme peut se rendre au tribunal et dire : 'voilà, mon mari m'a répudiée, mais il me doit l'entretien, pour moi et pour mes enfants et nous avons aussi conclu qu'il devrait me payer cela avant notre mariage et il ne m'a pas payée'... »¹²²⁸

Le recours au droit islamique participe aussi d'une forme d'affirmation culturelle, avec le sentiment que la loi coranique est supérieure à la celle des hommes parce que d'origine divine. Encore une fois, de ce point de vue, les discours sur le statut de la femme sont instructifs car ils nient de façon quasi-unanime que la loi musulmane serait discriminatoire, comme l'a souligné Fatma Hyder :

« Si par exemple le Kenya vote une loi selon laquelle nous sommes censés hériter à égalité, alors que dans l'islam ce n'est pas le cas... Il y a des causes derrière cela et, en tant que musulmane, je comprends ces motifs (...). Lorsqu'ils donnent la moitié à un homme, ses obligations ne sont pas seulement vis-à-vis de lui-même. Mais lorsqu'ils me donnent ma part, tout ce que je reçois m'appartient et je n'ai pas à le partager avec mon époux si je n'en ai pas envie, je n'ai même pas à payer pour l'entretien de ma famille. Mais l'homme est obligé, ce n'est pas un choix, c'est une obligation, de prendre soin des parents, de la femme, de la famille et même de ses frères et sœurs. Il y a donc un très gros poids qui pèse sur lui. Mais pour moi, je peux le garder et l'utiliser comme bon me semble. Par exemple, en ce moment, je travaille et tout ce que je gagne, je n'ai pas à le partager avec lui, mais j'attends de mon époux qu'il prenne soin de moi, même si je travaille. Et c'est ce que nous souhaitons que les non-musulmans comprennent »¹²²⁹

¹²²⁸ « Our system is completely different (...). The man might be having the upper side in terms of divorce, because he can always get a divorce without having to go to a court of law. Having said that, there are repercussions. He can go and divorce the woman, but it is not only that. He has to maintain her for a certain period of time, he has to maintain the whole family and he has to compensate whatever they had agreed earlier before the marriage. But the media will always say that the Muslim man can repudiate his wife, but it is not as simple as that, because the woman can go to court and say : 'look, my husband has divorced me and owes me maintenance for me and my children and we had also agreed he should pay me that before our marriage, and he has not paid me' ... ». Entretien réalisé à Nairobi, le 13 septembre 2006.

¹²²⁹ « If for instance Kenya passes a law saying that we have to inherit equally, while in Islam we are not supposed to inherit equally... There are reasons behind it and as a Muslim I understand the reasons behind it (...). When they give a half to a man, his obligations are not only towards him. But when they give me what they give me, whatever I receive is mine, and I do not have to share it with my husband if I do not want, I do not even have to pay for the upkeep of the family. But the man is obliged, it is not a choice, it is an obligation, to take care of the parents, of the wife, of the family and even his sisters and brothers. So, there is a big burden on him. But for me, I can keep it and use it the way I want. Like right now I am working and whatever I am earning, I do not

Certes, il est vrai que l'interlocutrice est une femme instruite mais c'est un fait que le Coran impose au mari la charge financière de sa famille, même si son épouse est plus riche que lui. Cette dernière, en revanche, jouit librement de ses biens propres et de son argent, mais peut néanmoins assister son époux si elle le souhaite. C'est le même type de propos qu'a tenus la juriste Amina Bashir, cette dernière ayant d'ailleurs fait un important travail de lobbying en la matière au moment des discussions constitutionnelles :

« Beaucoup de personnes qui ne sont pas musulmanes ne comprennent pas les principes du droit islamique, ils ne les comprennent pas et ne les reconnaissent pas. Et si vous ne faites pas cela, il est très peu probable que vous souhaitiez les soutenir. Par exemple, il y a la règle en matière d'héritage, qui dit que les hommes ont droit au double de ce que les femmes obtiennent, un frère obtiendra le double de ce que sa sœur obtiendra. Et si vous ne comprenez pas la logique derrière ce genre de disposition, vous ne souhaiterez probablement pas l'appliquer »¹²³⁰

Ce genre de discours est d'ailleurs surtout fréquent chez les femmes, qui estiment que le droit religieux leur offre une meilleure protection que les lois séculières. Certes, dans un contexte où ce sont les aspects négatifs de la charia qui sont le plus souvent véhiculés, ces propos visent aussi à donner une meilleure image de la loi islamique, a fortiori devant une interlocutrice non musulmane. Mais, parallèlement, ils reflètent un incontestable sentiment d'appartenir à un système complet et supérieur, un attachement sincère à des valeurs spécifiques. D'une certaine manière, le symbolisme du tribunal de Kadhi et du droit musulman est comparable à celui qui entoure la question du foulard islamique. Ce dernier, qui regroupe en un symbole unique, à la fois une piété personnelle et l'assertion publique d'une différence islamique, possède des significations religieuses, culturelles et politiques qu'il est difficile de distinguer. De même, la juridiction kadhiale ne constitue pas un tribunal comme les autres car il repose sur un droit qui véhicule ses propres valeurs et peut concourir à la prise de conscience de divers préceptes islamiques par les musulmans. Son symbolisme est donc aussi politique, car il exprime l'attachement et la préférence pour un système normatif particulier. Pourtant, si les fidèles affirment dans leurs discours la dimension supérieure de leurs tribunaux, dans la manière dont ils jonglent parfois entre diverses cours de justice, les

have to share with him but I expect my husband to take care of me, even if I am working. And that is what we want the non-Muslims to understand ». Entretien réalisé à Nairobi, le 22 septembre 2006.

¹²³⁰ « *Many people who are not Muslims do not understand some of the tenets of Islamic Law, they do not understand them and they do not appreciate them. And if you do not do that, you hardly want to uphold them. For instance, there is the rule of inheritance, which says that men get double than what women get, a brother would get double than what a sister gets. And if you do not understand the rationale behind that kind of rule, you would hardly like to apply it* ». Entretien réalisé à Nairobi, le 19 octobre 2005.

valeurs qu'ils invoquent passent au second plan, derrière la volonté de maximiser leurs intérêts.

2) Le jeu des acteurs dans le choix entre diverses institutions concurrentes : des logiques utilitaristes ?

Malgré le soutien sans faille qu'apportent les fidèles à la loi islamique, tous ne considèrent pas le droit commun comme inadapté et Fariyal Isak, une jeune Indienne rencontrée à Nairobi a, au contraire, confié :

« Il [le Kadhi] m'a aidée. Mais vous savez, dans l'islam les femmes ont moins de droits que les hommes (...). Pour ce qui concerne les femmes, je préfère le droit anglais, parce qu'il accorde de bons droits aux femmes (...). Ici, ce sont les hommes, et l'homme est celui qui peut faire tout ce qu'il veut et il aura gain de cause, alors que la femme devra lutter, lutter (...), elle peut travailler très dur et ne rien en tirer. Ma sœur vit au Royaume-Uni et, en raison des lois, elle est très heureuse. Mais ici, les lois ne nous sont pas favorables (...). Mais parce que c'est un mariage musulman. J'ai obtenu le certificat de mariage et tout d'ici, donc je ne peux pas aller auprès des tribunaux civils (...). Mais j'y serais allée, parce que je sais que c'est là où les droits des femmes sont soutenus »¹²³¹

Ce cas est assez intéressant parce que Fariyal Isak s'est exprimée au tribunal de Kadhi, alors qu'elle critiquait cette institution et qu'elle semblait ignorer la possibilité de recourir aux juridictions de droit commun. Or, l'idée selon laquelle le droit islamique serait fondamentalement oppresseur pour la femme ne doit pas faire oublier que certaines d'entre elles savent négocier leur place au sein de la société et jongler entre les diverses législations à leur disposition.

Pour comprendre l'importance du rôle et de la fonction sociale du tribunal, il convient aussi d'analyser la façon dont les justiciables choisissent entre les différentes méthodes et les différents lieux dont ils disposent pour résoudre leurs différends¹²³². Zeynab Mustapha, une juriste travaillant auprès de la FIDA à Mombasa, a par exemple expliqué, en ce qui concerne

¹²³¹ « He has helped me. But you know, women in Islam have less rights than men (...). On women side, I like the English law, because women have good rights in it (...). Here, it is the men, and the man is the one who can do anything but he will go through it, while the woman will struggle, struggle (...), you can work very hard and get nothing out of it. My sister is in the UK. According to the laws, she is very happy. But here, the laws do not favour us (...). But because it is an Islamic marriage. I got the marriage certificate and everything from here, so I cannot go to the civil court (...). But I would have gone for that, because I know that this is where women's rights are supported ». Entretien réalisé à Nairobi, le 15 février 2006.

¹²³² STILES, E., 2002, *op. cit.*, p. 138.

les affaires de garde des enfants, conseiller le plus souvent aux parties musulmanes de se rendre auprès du tribunal pour enfants plutôt que du tribunal islamique, estimant que la plupart des hommes ne se conforment pas aux jugements des Kadhis, alors que ceux des *Children's Courts* seraient mieux respectés¹²³³. D'ailleurs, il n'est pas rare que des parties ayant un litige auprès du tribunal de Kadhi se retrouvent ensuite devant le magistrat du tribunal pour enfants lorsque la tutelle est en jeu. Pourtant, le droit islamique possède ses propres règles et, comme il l'a été démontré, la plupart des magistrats musulmans se considèrent compétents pour ce genre d'affaires. Ainsi, à travers leurs pratiques, les justiciables révèlent qu'ils ne sont pas seulement des acteurs passifs, mais qu'ils savent utiliser de manière stratégique les différentes institutions en fonction de leurs attentes et de leurs intérêts. Certains connaissent d'ailleurs assez bien les multiples possibilités qui s'offrent à eux et plusieurs des personnes rencontrées auprès des tribunaux de Kadhi, en particulier des femmes, ont reconnu qu'elles préféreraient se rendre auprès des tribunaux pour enfants dans l'espoir d'obtenir gain de cause, estimant avoir plus de chances d'y gagner la garde de leurs enfants¹²³⁴.

Du point de vue théorique, les analyses en terme de « *forum shopping* » considèrent que, dans le recours à la justice, les individus, en particulier ceux à l'origine des plaintes, opèrent des choix entre les différentes institutions disponibles. De multiples considérations peuvent entrer en jeu dans ce cas, qu'elles soient d'ordre matériel –le plaignant présente sa requête auprès du tribunal où les frais sont moins élevés-, le caractère plus pratique de tel ou tel tribunal, ou moins pratique pour la partie adverse, la compassion attendue d'un juge particulier, etc.¹²³⁵. L'idée de forum shopping fournit un cadre d'analyse intéressant pour les systèmes caractérisés par le pluralisme juridique, puisqu'il sous-entend que les acteurs savent opérer des choix pour maximiser leurs intérêts. Toutefois, dans certains cas, comme celui des tribunaux de Kadhi, il n'est pas certain que ce choix repose toujours sur la volonté des individus. Il peut, au contraire, se baser sur l'existence de normes sociales particulières ou sur l'appartenance à certains groupes. Il a par exemple été constaté, et ceci a été confirmé par les propos de divers magistrats, que les tribunaux de Kadhi ne sont pas utilisés par les musulmans chiites. Ces derniers, dont les normes diffèrent légèrement de celles des sunnites, possèdent en effet leurs propres instances de résolution des différends matrimoniaux.

¹²³³ Entretien réalisé à Mombasa, le 23 mai 2007.

¹²³⁴ Entretiens : Fariyal Isak, Nairobi, le 15 février 2006 ; Abshira, Nairobi, le 16 février 2006 ; Fauzia Abdosamad Mohamed Abdallah, Nairobi, le 19 juin 2006.

¹²³⁵ « Forum Shopping Reconsidered », *Harvard Law Review*, Vol. 103, n° 7, mai 1990, p. 1678.

a. Un choix dicté par des valeurs différentes : les pratiques juridiques des musulmans chiites

Malgré la nature « universelle » de l'islam, des identités plurielles se manifestent au travers des diverses institutions et rituels religieux. Le tribunal de Kadhi exprime aussi cette diversité, car il n'est pas utilisé par tous les musulmans. En effet, l'existence de différentes écoles juridiques rend impossible le recours à un droit islamique unifié et les deux conceptions de ce droit –sunnite et chiite- comportent des nuances. Par exemple, en ce qui concerne la présence de témoins au moment du mariage, les branches sunnites requièrent unanimement la présence d'au moins deux témoins, alors que chez les Chiïtes, si la présence de témoins est encouragée, elle n'est pas obligatoire pour que le mariage soit valide. Or, même si ces variations restent mineures, il demeure difficile pour un juge sunnite de se référer au droit chiite et vice-versa et il est admis que les tribunaux de Kadhi, tels qu'institués au Kenya, appliquent la version sunnite du droit islamique. De même, tous les justiciables interrogés se sont affirmés sunnites et les Chiïtes ne se rendent pas auprès de l'institution kadhiale. La totalité des Kadhis ont reconnu qu'il leur serait possible de recevoir des musulmans chiïtes s'ils prenaient l'initiative de déposer plainte auprès de leurs tribunaux, dans la mesure où, en matière matrimoniale, la différence entre les deux écoles n'est pas très importante. Mais ils ont également admis qu'une telle éventualité était improbable, étant donné que les Chiïtes possèdent leurs propres structures de règlement des différends au sein de leurs *Jamaat*. Le Kadhi de Mombasa a même reconnu n'avoir jamais reçu de musulman chiïte dans son tribunal¹²³⁶ et seul le Chief Kadhi a affirmé parfois accueillir des fidèles de cette branche de l'islam¹²³⁷. Mais l'information n'a pas pu être vérifiée concrètement et il se peut qu'elle visait en fait à minimiser les divisions au sein de l'*Umma*. Au contraire, dans la réalité, les tribunaux de Kadhi sont bel et bien une institution de droit sunnite et plusieurs Chiïtes ont affirmé qu'eux et leurs coreligionnaires ne s'y rendaient jamais puisque, dans leur communauté, la plupart des litiges sont réglés par accord mutuel ou dans le cadre de Conseils. Dans la « compétition » qui peut opposer les deux branches de l'islam, c'est aussi un moyen pour les Chiïtes d'affirmer leur différence et leur autonomie, alors qu'une totale unification du

¹²³⁶ Entretien réalisé à Mombasa, le 11 janvier 2006.

¹²³⁷ Entretien, Mombasa, le 15 décembre 2005.

droit musulman signifierait une perte de leur liberté et une remise en cause des différences d'écoles juridiques¹²³⁸.

La manière dont les musulmans recourent ou non aux juridictions kadhiales exprime aussi la pluralité de l'islam, qui est d'ailleurs entérinée dans la loi. Le texte qui reconnaît les mariages et les divorces musulmans, le *Mohammedan Marriage and Divorce Registration Act* (Chap. 155 des Lois du Kenya) s'applique, en effet, à tous les fidèles, à l'exception de ceux des trois « sectes » chiites, les Ismaéliens, les Bohras et les Ithnasheri. Murtaza Somji, le Président de la *Nairobi Khoja Shia Ithnasheri Jamaat*, a d'ailleurs expliqué que les derniers ne sollicitent pas les Kadhis pour résoudre leurs différends matrimoniaux et que les Duodécimains ne sont rattachés à aucune organisation musulmane particulière, parce qu'ils possèdent leurs propres lois et leurs propres fatwas. D'après lui, en raison de la taille restreinte de la communauté¹²³⁹, peu de litiges se présentent dans le domaine matrimonial. Mais surtout, si ce type de question se pose, les Duodécimains possèdent un « comité matrimonial », composé de trois personnes travaillant sur une base de volontariat et en charge de les résoudre. Dans le cadre de cette structure, en cas de problème au sein d'un couple, le comité invite les deux personnes à exposer leur différend, afin de tenter une réconciliation. En cas d'échec, le divorce peut être accordé. En revanche, les mariages ou les divorces prononcés auprès des Imams ou des institutions propres aux duodécimains ne sont pas reconnus par le Gouvernement. Les fidèles doivent donc se rendre auprès d'une instance reconnue –le Kadhi ou un tribunal civil- pour obtenir les documents officiels. Murtaza Somji a cependant avoué qu'il est rare que des Duodécimains entreprennent une telle démarche, à moins qu'ils n'aient à voyager, ce qui justifierait la nécessité de documents authentifiés¹²⁴⁰. Chez les Bohras non plus, l'utilisation des tribunaux de Kadhi n'est pas avérée, car les décisions du Daï¹²⁴¹, le leader spirituel, sont considérées comme finales. Dans le domaine matrimonial, celui-ci peut accorder le divorce à une femme qui le demande, pour des motifs justifiés. Désobéir à un

¹²³⁸ La question se pose de façon moindre au Kenya où les chiites sont très minoritaires. En revanche, ses implications politiques sont beaucoup plus importantes dans des pays où le ratio chiite-sunnite est assez proche. MALLAT, C., « Shi'ism and Sunnism in Iraq : Revisiting the Codes », in MALLAT, C. et CONNORS, J. (eds.), 1990, op. cit., pp. 71-91.

¹²³⁹ Murtaza Somji a confié que les Ithnasheri sont environ 3,000 au Kenya, dont près de 2,000 à Mombasa, un peu moins de 900 à Nairobi et le reste vivant à Kisumu, Nakuru, Lamu et Malindi.

¹²⁴⁰ Entretien réalisé à Nairobi, le 18 août 2006.

¹²⁴¹ Les Bohras reconnaissent une chaîne de 21 Imams, dont le dernier est considéré comme « caché », son pouvoir étant désormais entre les mains de l'assistant de l'Imam, le Daï. En l'absence de l'Imam, ce dernier est considéré comme quasi infaillible et ses décisions, tenues comme finales, font autorité en matière de droit ou de dogme.

ordre du Daï provoquerait l'exclusion de la communauté, ce qui explique pourquoi les Bohras ne se rendent que très rarement auprès des cours de justice.

Le cas le plus intéressant demeure toutefois celui des Ismaéliens qui possèdent l'un des systèmes les mieux organisés et dont le droit en matière de statut personnel figure dans la « *Constitution, Rules and Regulations of His Highness the Aga Khan Ismailia Councils of Africa* »¹²⁴². La Constitution des Ismaéliens est reconnue par tous les gouvernements d'Afrique de l'Est, ce qui leur permet d'appliquer leur propre droit en matière de statut personnel, mais aussi dans le domaine commercial¹²⁴³. La loi kenyane autorise d'ailleurs les Ismaéliens à utiliser leurs propres règles et lois en ce qui concerne le mariage et le divorce et l'autorité de leurs institutions particulières a été reconnue par la Haute Cour, dans plusieurs de ses décisions¹²⁴⁴. Dans chaque pays où les Ismaéliens possèdent un Conseil National, ils peuvent porter leurs différends matrimoniaux auprès de *Conciliation and Arbitration Boards* (CAB), des conseils de volontaires, qui pratiquent l'arbitrage entre les parties en conflit¹²⁴⁵. Au Kenya, il en existe trois, situés à Nairobi, Mombasa et Kisumu. Ce système repose en grande partie sur la médiation : Shiraz Magan, un avocat ismaélien à la tête du système de résolution des conflits, a ainsi expliqué que les responsables ismaéliens cherchent à dissuader les membres de leur communauté de recourir aux tribunaux civils, où la procédure est longue et coûteuse, mais les encouragent au contraire à discuter et à rechercher un accord en dehors des circuits judiciaires¹²⁴⁶. En cas de différend matrimonial, les Ismaéliens sont quasiment obligés de se présenter devant ces institutions, dans la mesure où ils s'y engagent par une clause figurant dans leur contrat de mariage. Plus que de tribunaux, il s'agit d'instances de médiation, où les parties peuvent être assistées pour résoudre leurs problèmes. Mais devant un différend trop important, les CAB ont la possibilité d'accorder le divorce à un couple en conflit. D'après Rosemin K. Bhanji, responsable du CAB de Nairobi, le principal avantage de ce système repose sur sa rapidité et sa confidentialité, mais aussi sur le fait que c'est un service entièrement gratuit. Toutefois, ne faisant pas partie du système juridique kenyan et étant indépendantes, ces institutions ne sont pas des cours de justice à proprement parler et les

¹²⁴² Le statut des Ismaéliens est assez complexe. À ce sujet : National Conciliation and Arbitration Board for Kenya, *Research on Ismaili Personal Law*, Nairobi : National Conciliation and Arbitration Board for Kenya, non daté.

¹²⁴³ Entretien avec Rehmat Ghassmi, coordinateur en éducation religieuse auprès du *Tariqah Board*. Nairobi, le 12 juillet 2006.

¹²⁴⁴ Entretien avec Amin Moosa, avocat ismaélien. Nairobi, le 11 juillet 2006.

¹²⁴⁵ Au Kenya, il existe un *Aga Khan Council for Kenya*, lequel chapeaute cinq pays (Kenya, Burundi, Rwanda, République Démocratique du Congo et Afrique du Sud).

¹²⁴⁶ Entretien réalisé à Nairobi, le 29 juin 2006.

juridictions nationales ne sont pas dans l'obligation d'accepter leurs jugements. De plus, les pouvoirs des CAB ne sont pas aussi importants que ceux des tribunaux de Kadhi, puisque leur fonctionnement repose sur le bon-vouloir des parties. D'ailleurs, le gouvernement kenyan ne leur reconnaît pas le pouvoir d'émettre des jugements¹²⁴⁷ et rien dans leur organisation n'existe pour forcer des parties récalcitrantes à suivre leurs recommandations. Cependant, en raison d'une très forte discipline communautaire chez les Ismaéliens, il est peu envisageable qu'un membre se rebelle contre le verdict émanant d'une instance officielle, même s'il lui est défavorable. Mais surtout, les divorces accordés par ces institutions sont acceptés par le gouvernement, jouissant donc d'un caractère officiel, tout comme les certificats produits. Il est encore notable que, dans ces instances, les Ismaéliens ne se réfèrent pas au *Mohammedan Act*, mais aux lois séculières. Pour eux, le Coran représente plus un guide en matière d'éthique, de morale et, en cas de divorce, ils associent le droit du pays à l'éthique de l'islam comme principe moral¹²⁴⁸. Leur loi diffère en quelques points des autres écoles juridiques ; en particulier, les Ismaéliens n'autorisent pas la polygamie et, en matière d'héritage, la plupart établissent des testaments afin de répartir leurs biens, ce qui se fait librement et sans respecter forcément les règles coraniques.

Dans le cas des musulmans chiites, la rationalité des acteurs n'est donc pas en jeu dans le choix de l'institution de règlement des litiges, mais ceux-ci estiment simplement que leurs propres modèles de conciliation sont mieux adaptés. Pourtant, l'articulation entre les tribunaux de droit musulman et les juridictions de droit commun, se fait parfois selon une démarche rationnelle des justiciables.

b. Les stratégies des acteurs dans un système de tribunaux concurrentiel : la recherche de leur intérêt avant tout.

Les musulmans kenyans respectent normalement les règles islamiques et se montrent peu enclins à régler leurs différends de statut personnel auprès des tribunaux civils, même s'ils ont la possibilité de recourir à la Haute Cour. Il est difficile d'obtenir des données à ce sujet, dans la mesure où la religion n'apparaît pas dans les registres de cette institution et où l'accès aux dossiers n'a pas été autorisé. En revanche, la recherche des noms à consonance islamique dans les registres de la division familiale de la Haute Cour de Nairobi permet

¹²⁴⁷ Entretien réalisé à Nairobi, le 17 août 2006.

¹²⁴⁸ Entretien avec Shiraz Magan. Nairobi, le 29 juin 2006.

d'obtenir une évaluation assez correcte. Des chiffres relatifs aux divorces enregistrés ont été recueillis pour les années 2001 à 2005. Ainsi, en 2001, sur 216 demandes de divorce, seules 3 concernaient des individus ayant un nom musulman ; en 2002, sur 221 demandes, 4 plaintes correspondaient à des patronymes musulmans. En 2005, chiffres les plus récents, sur un total de 163 demandes déposées, seules 2 l'avaient été par des personnes à dénomination musulmane. Toutefois, il ne faudrait pas en déduire que les musulmans n'utilisent que les tribunaux de Kadhi pour régler leurs différends. Les justiciables agissent aussi en tant qu'acteurs opportunistes, cherchant en premier lieu à obtenir une décision dans le sens de leurs intérêts et, dans le cadre des tribunaux, à obtenir un jugement favorable. Aussi, ils n'hésitent pas à recourir aux autres cours de justice si cela peut servir leurs aspirations. Ceci est d'autant plus facile que, comme il l'a été démontré, la compétence des tribunaux de droit musulman n'est pas très bien délimitée.

En effet, plusieurs institutions ayant compétence pour traiter des mêmes litiges, les plaideurs démontrent une réelle capacité à utiliser ces diverses juridictions dans l'espoir de maximiser leurs gains. Comme le souligne Bernard Botiveau, les usagers du droit ont des stratégies particulières dans l'accès à un ordre juridictionnel pluriel et les conflits familiaux constituent un terrain propice à ces observations, puisque les individus y recherchent avant tout la satisfaction de leurs intérêts¹²⁴⁹. Ceci est d'autant plus vrai dans un contexte où différents droits sont applicables. Dans le domaine du statut personnel et en ce qui concerne les musulmans, ceci est évident depuis l'instauration des tribunaux pour enfants, qui permettent aux justiciables, le plus souvent aux femmes, de jongler entre droit islamique et droit commun, pour optimiser leurs chances d'obtenir la garde de leurs enfants. Ainsi, de nombreuses femmes se rendent auprès du Kadhi où il est plus rapide d'obtenir un divorce, avant de demander la garde de leurs enfants à la *Children's Court*, où le droit applicable est plutôt susceptible de jouer en leur faveur. En droit islamique, la femme est responsable de la tutelle des enfants en bas âge et jouit donc d'un droit de garde temporaire, qu'elle perd au profit du père, en théorie, au moment où leur progéniture a atteint la majorité pour les filles et l'âge de sept ou neuf ans pour les garçons¹²⁵⁰. Aussi, il n'est pas rare que des femmes déposent plainte auprès du tribunal pour enfants lorsque les siens sont trop âgés au regard de la loi islamique. Certes, les Kadhis statuent en général dans le sens de l'intérêt de l'enfant pour en déterminer la tutelle, toutefois, les tribunaux de droit islamique et les *Children's*

¹²⁴⁹ BOTIVEAU, B., 1993, *op. cit.*

¹²⁵⁰ SCHACHT, J., 1999, *op. cit.*, p. 141.

Courts n'évaluent pas de la même manière où se trouve cet intérêt. Devant les tribunaux civils, différents critères sont considérés pour déterminer lequel des deux parents sera en mesure de donner le meilleur logement, la meilleure éducation, assurer la santé et le plus d'affection. Viennent ensuite le comportement des parents et leurs souhaits¹²⁵¹. D'ailleurs, dans le cas d'un divorce, lorsque se pose la question de la garde des enfants, un *Children's Officer* peut être consulté, à la demande du tribunal en charge de l'affaire, pour établir un rapport sur les parents afin de déterminer lequel devrait obtenir la tutelle. En ce qui concerne l'entretien des enfants, les règles kenyanes s'inspirent pour l'essentiel du droit anglais. Dans le cas d'un divorce, le tribunal qui se prononce sur la question de la garde doit aussi déterminer à qui incombe la responsabilité financière des enfants. La décision est prise en fonction des besoins matériels de l'enfant, de sa capacité physique et mentale, et des obligations financières de chacun des époux¹²⁵². En revanche, en droit islamique, même si la tutelle est accordée à la mère, la charge de l'entretien des enfants revient toujours au père.

En raison de la création récente des *Children's Courts*, il est encore difficile de tirer des conclusions systématiques sur leur utilisation par les musulmans. Toutefois, les chiffres obtenus à Mombasa révèlent que les fidèles s'adressent de plus en plus à ces juridictions spéciales. Ainsi, alors qu'en 2005, 41 plaintes avaient fait l'objet d'un dossier auprès de la cour islamique, 80 avaient été portées par des musulmans devant le tribunal pour enfants. Il ressort de divers entretiens que leur utilisation répond souvent à des stratégies extrêmement rationnelles. Ceci s'explique par le rôle joué par certaines organisations, telles que la FIDA, qui incitent le plus souvent les femmes à recourir aux tribunaux pour enfants lorsque la garde est en jeu. Ces institutions sont, en effet, perçues comme plus favorables aux femmes et les justiciables, lorsque bien informés, savent vers quel tribunal orienter leurs requêtes. D'après Zeynab Mustapha, de la FIDA de Mombasa, si les tribunaux de Kadhi sont utiles, ils manquent néanmoins de pouvoir pour rendre leurs décisions efficaces. C'est pourquoi, dans ce genre d'affaires et même si l'épouse est musulmane, la FIDA préfère orienter les plaignantes vers le tribunal pour enfants dont le magistrat, au contraire du Kadhi, peut mentionner le salaire de l'époux dans le jugement et forcer à un prélèvement obligatoire sur la somme en question¹²⁵³. Étant des acteurs rationnels, les femmes qui savent que les tribunaux pour enfants existent aussi pour déterminer les questions de tutelle, n'hésitent donc pas à s'y

¹²⁵¹ KABEBERI, J., *The Child. Custody, Care and Maintenance*, Nairobi : Oxford University Press, 1990, p. 22.

¹²⁵² *Ibid.*, p. 30.

¹²⁵³ Entretien réalisé à Mombasa, le 23 mai 2007.

adresser, même si le divorce a été obtenu auprès du Kadhi. Abshira, une jeune femme rencontrée à Nairobi et s'adressant au magistrat de droit musulman pour des renseignements sur la procédure à suivre pour déposer une demande de divorce s'est expliquée ainsi au sujet de l'avenir de ses enfants :

« ... ils n'ont pas encore 18 ans, donc je pense que la mère est la mieux placée pour rester avec les enfants. Mais s'il refuse, il y a encore le tribunal pour enfants et il y a aussi la FIDA, ils peuvent aussi suivre l'affaire. Je suis sûre qu'il ne va pas accepter, mais je dois m'en occuper parce que l'aîné a neuf ans et l'autre n'a que cinq ans, ils sont encore jeunes »¹²⁵⁴

Il est d'ailleurs intéressant de constater que, institutions appliquant le droit commun, les tribunaux pour enfants sont parfois considérés comme plus stricts que ceux des Kadhis, ainsi que l'a exprimé Fauzia Abdosamad Mohamed Abdallah, rencontrée à Nairobi. S'adressant à la juridiction kadhiale au sujet d'une querelle avec son mari qui l'avait répudiée alors qu'elle était sur le point d'accoucher, elle a confié que ce dernier refusait de parler de leur différend et ne voulait pas s'occuper de leur enfant, alors qu'il était censé aider son ex-épouse en termes financiers. Après lui avoir demandé si elle aurait pu se rendre auprès d'un autre tribunal, nous engageons un court dialogue :

« Non, je suis juste venue ici, mais il [le Kadhi] dit que je devrais aller auprès du tribunal pour enfants, à Bungoma.

- Vous allez donc vous rendre au tribunal pour enfants ?
- Oui, à Bungoma.
- Vous pensez qu'il vont vous aider ?
- Oui, parce que dans les tribunaux pour enfants, ils ne plaisantent pas »¹²⁵⁵

La jeune femme a donc semblé induire que la justice serait appliquée plus strictement dans les autres tribunaux que dans celui du Kadhi. Il paraît d'ailleurs assez fréquent que des femmes, ne pensant pas pouvoir obtenir gain de cause auprès du juge musulman, se réorientent vers le tribunal pour enfants, à l'image de Fariyal Isak, qui a confié :

¹²⁵⁴ « ... They are not above eighteen, so I think the mother is the best person to stay with the children. But if he refuses, there is still the Children's Court and there is FIDA, they can as well follow up. I am sure he will not accept, but I have to follow, because the first born is nine years and the other one is five years, so they are still small ». Entretien réalisé à Nairobi, le 16 février 2006.

¹²⁵⁵ « No, I just came here, but he said that I go to the Children's Court, in Bungoma. – So, you will go to the Children's Court ? – Yes, in Bungoma. – You think they will help you ? – Yes, because in Children's Court, they don't make jokes ». Entretien réalisé à Nairobi, le 19 juin 2006.

« C'est là où je vais aller, parce que là-bas, ils appliquent le droit civil. Ici, je sais que je vais perdre l'affaire, parce que c'est le droit islamique. Maintenant, je veux donc aller au tribunal pour enfants »¹²⁵⁶

Ces derniers propos traduisent bien, de la part de cette interlocutrice, une certaine connaissance du droit et une utilisation assez opportuniste de la *Children's Court*, dans le seul but de défendre ses intérêts, bien que le droit appliqué ne soit pas coranique. D'ailleurs, dans un contexte de pluralisme juridique, les justiciables ne paraissent pas avoir de problème à se référer à différents principes légaux parfois contradictoires, ainsi qu'en témoigne la force de certaines règles coutumières.

3) Islam et coutume : complémentarité ou compétition ?

Dans son étude sur les Temme, une ethnie du nord de la Sierra Leone, James J. Tully explique que, malgré une large islamisation, cette communauté n'a été que peu influencée par la religion musulmane en ce qui concerne le système traditionnel de propriété de la terre et d'héritage. D'après lui, cela résulte de ce que des dispositions du droit islamique vont à l'encontre de certaines injonctions coutumières, plus prégnantes dans les identités de base des individus¹²⁵⁷. De façon plus générale, toutes les études sur l'islamisation en masse de certaines sociétés africaines démontrent qu'en dépit de l'adoption de l'islam dans son aspect religieux et normatif ces populations ont maintenu des pratiques traditionnelles et des rites préislamiques dans divers domaines de leur vie quotidienne¹²⁵⁸. Ainsi, les musulmans africains ont adopté le droit islamique de telle manière qu'un certain nombre de leurs pratiques coutumières n'en ont été que très peu affectées. De même, au Kenya, où la loi coutumière en matière de statut personnel est reconnue par l'État, des populations, pourtant

¹²⁵⁶ « That is where I will go, because there, they apply civil law. I know that here, I will loose the case, because it is Islamic law. So, now, I want to go to the Children's Court ». Propos tenus hors entretien. Nairobi, le 15 février 2006.

¹²⁵⁷ TULLY, J.J., « The Place of Islamic Law in Sierra Leone », *The Muslim World*, Vol. LXXXIV, n° 3-4, juillet-octobre 1994, pp. 307-309. Il explique, par exemple, que le droit islamique en matière d'héritage n'est pas appliqué parce que la terre, chez les Temme, est considérée comme une unité, qui ne peut être fragmentée, ou bien encore parce que la règle selon laquelle un non-musulman ne peut pas hériter d'un musulman n'est pas tenable dans une société ou de nombreuses familles comptent à la fois des membres musulmans, chrétiens ou animistes.

¹²⁵⁸ BUNGER, R. L. Jr., *Islamization Among the Upper Pokomo*, Syracuse & New-York : Maxwell School of Citizenship and Public Affairs, Syracuse University, 1979 ; SPERLING, D.C., *The Growth of Islam among the Mijikenda of the Kenya Coast, 1826-1933*, Dissertation submitted for the Ph. D. degree, School of Oriental and African Studies, University of London, 1988 ; LAUNAY, R., 1992, *op. cit.* ; SPERLING, D.C., « Rural Madrasas of the Southern Kenya Coast, 1971-1992 », in BRENNER, L. (ed.), 1993, *op. cit.*, pp. 198-209.

islamisées, ont conservé des pratiques parfois contraires aux principes coraniques, surtout en ce qui concerne la dot, la propriété foncière et l'héritage.

Il est admis qu'à l'origine, l'islam était avant tout un phénomène urbain. Aujourd'hui encore, il est possible de distinguer un « islam d'en haut », celui des lettrés, plus puritain, scriptural et qui correspond aux classes moyennes urbaines et un « islam d'en bas », ou « islam du peuple », plutôt rural, celui des masses, plus mystique, joyeux et festif et qui mélange souvent pratiques islamiques et coutumes tribales¹²⁵⁹. En effet, la culture islamique ne s'est pas développée dans un environnement agraire et, par exemple, parce que le calendrier islamique n'est pas agricole, la culture traditionnelle, dans les sociétés rurales, est restée forte chez les cultivateurs, d'autant plus que le droit traditionnel est souvent la seule forme connue de certains individus vivant dans les campagnes où la présence étatique est faible¹²⁶⁰. De même, les femmes, qui exercent la plupart du temps les activités agricoles ont maintenu des pratiques non islamiques, telles que les cultes de possession ou les usages médicaux traditionnels. Ainsi, au Kenya, les différences entre les peuples musulmans de la ville et ceux vivant dans les campagnes sont perceptibles. Par exemple, sur la Côte, les éléments préislamiques liés aux esprits et aux ancêtres ont été maintenus par les populations mijikendas.

L'islamisation en Afrique orientale s'est faite selon plusieurs vagues et les populations islamisées plus tardivement ont gardé ces coutumes, dont certaines contredisent diverses normes de l'islam, ce que regrettent parfois les Kadhis. Comme le souligne J.N.D Anderson, l'introduction de l'islam a eu des influences variables selon les régions sur les pratiques coutumières, mais « *nulle part en Afrique tropicale, l'imposition n'a été complète, et des traces de droit coutumier survivent, même dans les zones islamiques les plus rigides* »¹²⁶¹. Pourtant, des traditions sont aussi proches du droit musulman et plusieurs rites de passage comme la circoncision ou les mariages, ont en grande partie intégré les valeurs islamiques¹²⁶².

¹²⁵⁹ GELLNER, E., *Muslim Society*, Cambridge : Cambridge University Press, 1981.

¹²⁶⁰ OPPERMANN, B. « The Impact of Legal Pluralism on Women's Legal Status : An Examination of Marriage Laws in Egypt, South Africa and the United States », *Hastings Women's Law Journal*, 17 (1), 2006, pp. 74-83.

¹²⁶¹ « *But nowhere in tropical Africa has the imposition been complete, for traces of the customary law survive even in the most rigidly Muslim areas* », ANDERSON, J.N.D., 1962, *op. cit.*, p. 623.

¹²⁶² FAULKNER, M.R.J., *Overtly Muslim, Covertly Boni. Competing Calls of Religious Allegiance on the Kenyan Coast*, Leiden : Brill, 2006, p. 166. Il explique que le mariage, chez les Boni (une communauté couchitique islamisée vivant sur les terres kenyanes, au nord de l'archipel de Lamu) est largement influencé par les formes de mariage swahili, respectant donc les canons musulmans, tant et si bien qu'il ne reste presque plus rien des pratiques traditionnelles.

Mais là encore, des traits culturels demeurent parfois et, par exemple, pour de nombreuses sociétés, la circoncision est avant tout un rite de passage, une célébration communale, alors que c'est un acte individuel et privé dans l'islam. Par ailleurs, la marque musulmane est moindre sur les rites funéraires, où le culte des ancêtres est toujours très présent parmi la plupart des populations côtières islamisées après le 19^{ème} siècle¹²⁶³. Il est, en effet, plus question ici des musulmans qui vivent à la frontière du monde islamique et de la façon dont ils définissent et redéfinissent leurs pratiques, leurs croyances et leurs rituels. Plus généralement, se pose le problème de l'interaction entre une tradition islamique universelle et les variations locales dans la pratique de l'islam¹²⁶⁴. Celle-ci peut s'étudier à travers la prégnance de certaines pratiques sur des populations et à travers la manière dont ces usages sont appréhendés par les Kadhis.

a. Des interprétations différentes du mariage et de la dot.

Dans le domaine matrimonial, de nombreux droits coutumiers reconnaissent la polygamie, qui est aussi admise par l'islam et l'adoption de cette religion n'a donc pas posé de problème majeur. En revanche, en matière de mariage, le droit coutumier et le droit islamique diffèrent en ce qui concerne le paiement de la dot. Pour la majorité des populations kenyanes, il existe toute une série de contributions associées au mariage, versées à l'épouse et à sa famille par le mari et sa famille. Mais pour les musulmans, seul le *Mahr* donné à l'épouse est une obligation et la dot, telle qu'envisagée en droit coutumier, est différente de ce qui est considéré par le droit islamique. Dans le droit traditionnel, il s'agit d'un cadeau fait aux parents de la future mariée et certains musulmans ne comprennent pas toujours que, d'après le droit islamique, il s'agit d'un don à l'épouse¹²⁶⁵. Ainsi, par exemple, le 12 février 2007, un couple s'est présenté devant le Kadhi de Kisumu pour un mariage, accompagné des témoins et du père de la future épouse. Au moment de discuter de la dot, le père de la future mariée a demandé que lui soient données sept vaches. Après le départ de ces individus, le Kadhi a confié que cela n'était pas ce que prévoit l'islam :

« Si quelqu'un souhaite marier sa fille, il vous dit ma fille ne va pas se marier, à moins que l'on me donne mes biens. Mais l'islam n'honore pas ces biens, l'islam n'honore que la dot de la femme, qui est un préalable. Et ceci n'a rien à voir avec la famille.

¹²⁶³ C'est encore ce que remarque Mark R.J. Faulkner au sujet des Boni. *Ibid.*, pp. 173-179.

¹²⁶⁴ LAUNAY, R., 1992, *op. cit.*, 258 pages.

¹²⁶⁵ Sur la question du mélange des pratiques coutumières et islamiques en matière de dot dans un autre contexte : ANTOUN, R.T., 1980, *op. cit.*, pp. 456-460.

Ensuite, ce qui est donné à la famille est décidé par accord mutuel. Mais certains font des problèmes parce que la famille souhaite aussi recevoir une dot. C'est une tradition africaine assez généralisée, selon laquelle une dot doit être payée aux parents pour que la fille puisse être prise. Certaines personnes finissent donc par payer deux dots, celle pour la fille et celle pour la famille. Mais nous ne considérons pas la seconde en droit islamique. Mais cette tradition est très forte (...). Dans la tradition somali [par exemple], il y a aussi la dot payée à la famille. C'est comme pour les autres traditions africaines. La dot est très coûteuse. Dans certaines zones, la dot peut consister en 100 chameaux à donner à la famille, plus un cheval et une arme. Dans la région de l'Ogaden, c'est notre tradition. Si vous ne pouvez pas payer cette somme, vous ne pouvez pas rechercher une fille. Les hommes ont parfois du mal pour l'obtenir. Le paiement de cette dot à la famille signifie que le mariage a été béni par la famille. Cela est accepté par le droit islamique, parce que cela repose sur un accord mutuel, c'est quelque chose de différent, tant que l'accord ne va pas au-delà de ce que les individus peuvent se permettre (...) »¹²⁶⁶

Pourtant, dans la conception islamique, le *Mahr* est une dette envers l'épouse et, par exemple, en cas de décès du mari, sa famille demeure dans l'obligation de s'en acquitter auprès de la veuve. Son versement est prioritaire, avant que les autres héritiers ne puissent prétendre à leurs droits. Toutefois, selon l'étude menée par le NMCK, sur les 1 171 femmes interrogées, seules 21% avaient reçu leur dot et 47% d'entre elles ont confié que la somme avait été versée à leur parents¹²⁶⁷. Il est intéressant de relever que c'est surtout dans les zones faiblement islamisées que la dot n'est pas versée à l'épouse. Ainsi, dans la Rift Valley, elle n'avait été acquittée que dans 8% des cas et dans 12% dans la région Ouest. En revanche, dans les zones où la population musulmane est plus importante, elle avait été payée dans 35% des cas dans le Nord-Est et 22% dans la région côtière¹²⁶⁸. Mais, quoi qu'il en soit, les pourcentages demeurent faibles. En réalité, l'islam n'interdit pas le versement d'une dot à la famille de la mariée, mais celle-ci n'a aucune valeur juridique et seul le paiement du *Mahr* est un requis obligatoire. Or, de nombreuses communautés, bien qu'islamisées de longue date, continuent à

¹²⁶⁶ « If somebody wants to marry his daughter, he tells you my daughter is not going to marry unless I am given my property. But Islam does not honour this property, Islam only honours the dowry of the lady, which is a prerequisite. And this one has nothing to do with the family. Then, what the family is given is decided on mutual understanding. Now, others will bring many hectic things because the family also wants to be paid dowry. It is an African tradition generally, that the parents must be paid a dowry to take the girl. So, some people might end up paying two dowries, the one for the girl and the one for the family. But we do not consider that one, according to Islamic Law. But this tradition is very strong (...) In Somali tradition, above that, there is the dowry being taken by the family. It is like in the other African traditions. The dowry is very costly. In some areas, the dowry can be 100 camels to give to the family, plus a horse and a gun. In Ogaden region, that is our tradition. If you cannot pay that amount, you cannot look for a girl. Men usually struggle to get it. Paying the dowry to the family means that this marriage was blessed by the family. It is accepted by Islamic Law, because it is a mutual agreement, it is something different, provided that we do not agree on something that is beyond people's capability (...) ». Entretiens réalisés à Kisumu, le 12 et le 13 février 2007.

¹²⁶⁷ National Muslim Council of Kenya (NMCK), 2005, *op. cit.*, p. 30.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, pp. 30-31.

verser la dot sous sa forme coutumière plutôt que sous sa forme islamique, la comprenant comme « prix de la mariée », parce que cela fait partie de leurs traditions.

En outre, le *Mahr* n'est pas toujours versé selon les canons coraniques. Le Kadhi de Kisumu a expliqué qu'il est assez rare que la dot soit versée au moment du mariage mais qu'il est, au contraire, devenu courant que le paiement soit reporté. Mshali Hamisi Mshali, en poste à Nakuru, a encore confié que, surtout pour les communautés couchitiques, la norme veut que la dot ne soit versée qu'en cas de divorce, comme une forme de compensation à l'épouse, bien que ce ne soit pas ce que prévoit la religion¹²⁶⁹. Aussi, pour certaines populations, telles que les Somalis et les Boranas, la dot n'est versée qu'en cas de divorce ou si l'époux décède le premier. De même, dans la province du Nord-Est, largement musulmane et en majorité somalie, diverses pratiques tribales n'ont pas disparu et, non seulement une dot est versée au père de la mariée, mais en plus le *Mahr* n'est pas donné au moment de la célébration du mariage, n'étant normalement payé qu'en cas de divorce. Pour ce qui concerne la dot, les pratiques traditionnelles apparaissent donc parfois plus influentes que les obligations islamiques et, comme l'a affirmé un témoin dans le cadre de l'affaire civile 47/2006, auprès du Kadhi de Malindi, le *Mahr* n'est le plus souvent demandé par l'épouse que si une difficulté survient :

« Nous n'avons jamais eu de raison de te demander de payer la dot avant, parce qu'elle ne s'était jamais plainte. Mais maintenant, il y a un problème, c'est pourquoi je suis intervenu (...). C'était son père qui a accepté l'offre de quatre vaches de dot en son nom »¹²⁷⁰

L'amalgame de certaines normes coutumières avec les principes coraniques pose aussi parfois problème en ce qui concerne les droits découlant du mariage. Ainsi, les Kadhis ne reconnaissent aucun droit aux personnes qui se disent musulmanes mais qui ne sont pas mariées selon le droit islamique. Par exemple, dans l'affaire de succession 13/2000, à Mombasa, les plaignants (Riziki Wanjiko Gachuru et Hussein Kieria Gachuru) demandaient à ce que les biens du défunt, leur frère décédé en 1999, soient partagés selon les règles du droit islamique. L'homme décédé vivait avec deux femmes, mais d'après les plaignants, il n'était officiellement marié à aucune d'entre elles, raison pour laquelle, d'après eux, elles n'avaient aucun droit sur l'héritage. Or, les répondants, fils de l'une des deux veuves, s'opposaient à ce

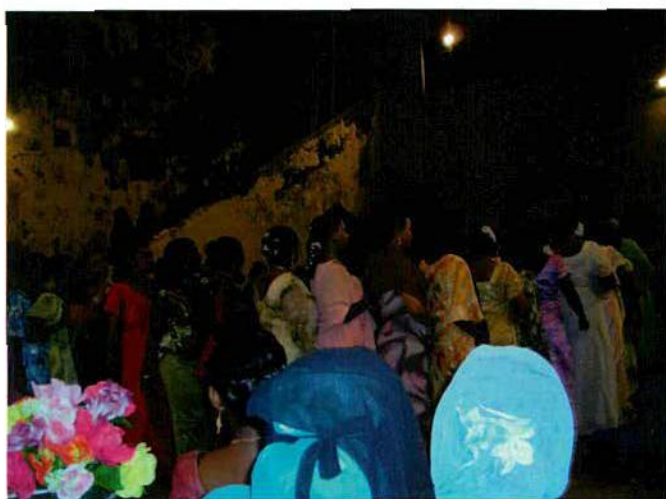
¹²⁶⁹ Entretien réalisé à Nakuru, le 25 avril 2007.

¹²⁷⁰ Voir le détail de l'affaire dans l'annexe 14.

Des femmes se préparent pour un mariage. Lamu, décembre 2005



Scènes d'un mariage musulman. Lamu, décembre 2005



que les biens soient administrés selon les règles islamiques, demandant qu'ils soient répartis selon le *Law of Succession Act*. Dans son jugement, en date du 8 décembre 2000, l'ancien Chief Kadhi, Sheikh Nasser Nahdy, avait expliqué que, le défunt étant musulman au moment de sa mort, ses biens devaient être administrés selon le droit islamique. Il avait donc attribué la totalité des biens aux plaignants, au motif qu'il n'existait pas de mariage légal entre le défunt et la mère des répondants et que les enfants de cette dernière étaient donc illégitimes et n'avaient ainsi aucun droit à l'héritage au regard de la loi islamique. Dans le cas d'un mariage qui a été conduit selon les règles coutumières, les enfants issus d'une telle union ne sont, en effet, pas considérés comme légitimes au regard de la charia et, par conséquent, ils ne peuvent prétendre à aucun droit en cas de décès de leurs parents¹²⁷¹. Plus récemment, une affaire assez similaire a été jugée par le nouveau Chief Kadhi, Hammad Kassim. Lors d'une audition dans son cabinet en octobre 2006, deux personnes se sont présentées pour une affaire d'héritage, en expliquant qu'elles étaient mariées depuis 1975, mais selon le droit coutumier. D'après le Chief Kadhi, il est assez fréquent, pour certains musulmans « de nom », qui ne pratiquent pas la religion de manière très stricte, de se marier de façon traditionnelle parce que, dans les zones rurales, certains estiment qu'il leur reviendrait trop cher de se déplacer pour trouver une personne à même de les marier selon le droit islamique¹²⁷². Il est vrai que, dans certaines zones reculées, il peut se révéler difficile de trouver un cheikh en mesure de conduire un mariage musulman, à moins que celui-ci ne puisse se déplacer. Ainsi, Hammad Kassim a confié que, dans une zone rurale proche de Mombasa, il a marié plus d'une centaine d'individus selon les canons islamiques, avec le soutien d'une organisation religieuse. Cette dernière a alors pris en charge les frais de déplacement du Chief Kadhi sur les lieux où se tenait la cérémonie, et a payé tous les frais de délivrance des certificats de mariage. Pourtant, dans les années 1970, J.N.D. Anderson considérait que « *Dans les villes côtières, les musulmans se rendent en principe auprès du Kadhi pour faire leurs contrats de mariage, et les 'mariages tribaux' contraires au droit islamique ne sont pas communs (...). Il n'est pas peu fréquent, cependant, que les Africains se marient en premier selon leurs coutumes tribales et se rendent ensuite auprès du Kadhi pour obtenir le contrat de mariage* »¹²⁷³. En réalité, la situation est variable, mais aux dires de plusieurs Kadhis, il demeure très fréquent que les musulmans des zones reculées ne se marient que selon leurs traditions. Pourtant, il est

¹²⁷¹ La décision du Kadhi a toutefois été cassée en appel (*Civil Appeal* 133/2001, Mombasa).

¹²⁷² Propos tenus hors entretien. Mombasa, le 2 octobre 2006.

¹²⁷³ « *In the coastal towns Muslims normally go to the Qādī to make their marriage contracts, and 'tribal marriages' contrary to Islamic law are not common (...). Not infrequently, however, Africans marry by tribal custom first and then resort to the Qādī for the Islamic contract later* ». ANDERSON, J.N.D., 1970, *op. cit.*, p. 108.

important que les musulmans de nom conduisent leur union selon la charia s'ils souhaitent ensuite faire valoir des droits au regard de cette loi, même si de nombreuses personnes ne se montrent pas très strictes sur le respect des règles islamiques en matière de mariage. Ceci tient parfois à la simple méconnaissance de ces normes et Shariff Hussein Abdulrahman, un lettré musulman rencontré à Malindi, a expliqué que la plupart des fidèles ne maîtrisent pas très bien les codes de leur religion, si ce n'est pour ce qui concerne les éléments de base ou de la vie quotidienne, comme la prière ou le jeûne. En revanche, dès qu'il s'agit des règles de la vie sociale, beaucoup ignorent les préceptes de l'islam, ce qui conduit à de fréquents antagonismes avec les traditions, en particulier en matière successorale¹²⁷⁴.

b. L'influence dominante des règles coutumières dans la distribution des héritages.

Au Kenya, les règles en matière d'héritage sont dictées par le *Law of Succession Act*, qui s'applique à toutes les communautés du pays, avec une exception pour les musulmans, lesquels conservent la possibilité de se conformer aux principes islamiques. En théorie, d'après cette loi, les femmes peuvent acquérir et disposer de n'importe quelle propriété et leur droit à hériter est égal à celui des hommes¹²⁷⁵. Dans le cas où le défunt n'a pas laissé de testament, la veuve a droit aux effets personnels de son ancien époux, ainsi qu'à une rente à vie prélevée sur ses possessions, dans le cas où le couple avait un ou plusieurs enfants. Si la veuve se remarie, ce qui reste de l'héritage est distribué à parts égales entre les enfants. En l'absence d'enfant, elle a droit aux biens personnels de son époux et aux premiers 10.000 Shillings ou 20% du résidu des biens intestat et à une rente à vie sur le reste, jusqu'à un éventuel remariage¹²⁷⁶. Si l'homme décède sans laisser de veuve, les biens sont distribués entre ses enfants, à parts égales. Ainsi, le sexe des enfants et leur situation matrimoniale ne sont pas pris en compte dans la détermination des héritiers et de leurs parts respectives. Dans l'éventualité où le mari décède en ayant laissé un testament, ses biens sont administrés en fonction de sa volonté. Mais si la veuve estime que le testament ne lui est pas assez favorable, elle peut déposer plainte auprès d'un tribunal, afin d'obtenir de meilleures dispositions. D'après cette loi, la femme kenyane jouit donc d'un droit à l'héritage très protecteur. Toutefois, l'application de ce texte demeure assez limitée et « *la culture et les traditions continuent à soutenir l'héritage masculin des terres familiales, tant que manque une*

¹²⁷⁴ Entretien avec Shariff Hussein Abdulrahman, Malindi, le 6 novembre 2006.

¹²⁷⁵ HOUSE-MIDAMBA, B., 1993, *op. cit.*, pp. 850-868.

¹²⁷⁶ MUIGAI, G., « Women and Property Rights in Kenya », in MBEO, M.A. et OOKO-OMBAKA, O., *Women and Law in Kenya. Perspectives and Emerging Issues*, Nairobi : Public Law Institute, 1989, p. 121.

révision/formulation de lois familiales en faveur de la parité »¹²⁷⁷. Dans les faits, il est par exemple possible pour un individu ayant rédigé un testament, d'y spécifier qu'il souhaite que ses biens soient répartis selon le droit d'une communauté particulière¹²⁷⁸. D'ailleurs, la distribution des biens s'effectue le plus souvent selon les règles coutumières et les femmes y sont en général défavorisées car, dans la plupart des systèmes traditionnels, elles n'ont aucun droit en matière d'héritage¹²⁷⁹.

En effet, certains droit coutumiers limitent, voire nient l'accès des femmes à la terre et dans le cas d'un héritage, c'est leur frère qui accède à la propriété de l'époux défunt. De nombreux droits coutumiers donnent à la femme un statut subordonné et dépendant, puisque leur système de succession est patrilinéaire, c'est-à-dire que les biens d'un défunt sont distribués de façon égale entre ses fils et que ses filles ne reçoivent rien¹²⁸⁰. Ainsi, en dépit de l'existence de lois qui garantissent l'égalité juridique et qui assurent aux femmes le pouvoir d'hériter ou de posséder des biens au même titre que les hommes, le système juridique kenyan est parcouru de valeurs et de logiques concurrentes, dont certaines déniaient ces droits aux femmes. Selon que l'on considère le droit commun, le droit islamique ou le droit coutumier, le statut et les droits de la femme varient, le droit familial oscillant entre modernisation et conception patriarcale, entre occidentalisation et respect des traditions locales. Reconnues citoyennes par la Constitution, votant, occupant des postes de responsabilité publique, rendant la justice, enseignant, participant activement à la politique, les femmes kényanes se sont pourtant vues dénier par les événements historiques et par de nombreux droits coutumiers, la possibilité d'hériter des terres¹²⁸¹. Et la loi votée en 1981, censée garantir aux femmes l'égalité dans l'accès à l'héritage, permet explicitement l'application du droit coutumier en ce qui concerne la transmission de terres agricoles et du bétail, dans certaines zones du pays (districts de West Pokot, Turkana, Marsabit, Samburu, Isiolo, Mandera, Wajir, Garissa, Tana

¹²⁷⁷ « *Culture and traditions continue to support male inheritance of family land while there is a lack of review/formulation of gender sensitive family laws* ». SYAGGA, P.M., « *Land Ownership and Use in Kenya : Policy Prescriptions from an Inequality Perspective* », in Society for International Development, *Readings on Inequality in Kenya. Sectoral Dynamics and Perspectives*, Nairobi : Society for International Development, 2006, p. 339.

¹²⁷⁸ Le paragraphe 5 (1) de la loi dispose qu'un individu peut décider de la répartition de ses biens en rédigeant un testament et que le testament en question peut faire référence à n'importe quel droit coutumier ou religieux.

¹²⁷⁹ POTASCH, B. (ed.), *Widows in African Societies. Choices and Constraints*, Stanford : Stanford University Press, 1986.

¹²⁸⁰ La veuve et les filles n'héritent d'aucun bien, mais elles ont un droit à être entretenues, sauf en ce qui concerne les filles mariées, qui se retrouvent sous la responsabilité de leur mari.

¹²⁸¹ HOUSE-MIDAMBA, B., « *The Legal Basis of Gender Inequality in Kenya* », *African Journal of International and Comparative Law*, juin 1993, Vol. 5, n° 2, pp. 850-868 ; SYAGGA, P.M., 2006, *op. cit.*, p. 339.

River, Lamu, Kajiado et Narok). Dans ces cas, la loi applicable est le droit coutumier propre à la communauté du défunt, ce qui permet la perpétuation des discriminations concernant l'accès des filles à l'héritage. Or, ces régions abritent des populations musulmanes importantes et, dans ces communautés, il n'est pas rare qu'en matière de succession le droit coutumier soit appliqué, de préférence au droit islamique.

Osman Shurie, en poste à Garissa, a relaté que, dans le Nord-Est, l'héritage est le plus souvent transmis selon les règles coutumières, pour lesquelles c'est le fils qui est l'héritier. De même, le Kadhi de Kisumu a regretté que certains musulmans, en particulier ceux de sa propre communauté (Somali), tendent à amalgamer l'islam et leurs propres coutumes, ce qui conduit à désavantager les femmes lorsque des difficultés se posent en matière d'héritage :

« Un problème est que de nombreux individus ne connaissent pas le droit islamique, ils ont amalgamé le droit islamique avec leurs traditions, en particulier les communautés somalis, chez lesquelles le taux de divorce est très élevé. Ce sont des pasteurs et ils ont adopté le principe patriarcal. Mais certaines femmes sont instruites maintenant et il y a un conflit de supériorité. Cette question est à l'origine d'un taux de divorce très élevé dans le Nord-est. Mais cela ne tient pas au droit islamique, cela est dû à nos traditions, dans lesquelles les femmes sont considérées comme inférieures et comme devant obéir aux ordres des hommes. Mais maintenant que les femmes sont instruites, elles veulent que leurs droits selon la loi islamique soient protégés. Dans certaines régions du Nord-est, lorsqu'un homme décède, les femmes n'ont aucune part de son héritage, ce qui fait partie de la tradition somalie, comme de la plupart des traditions africaines. Mais selon le droit islamique, une femme a le droit d'hériter. Ce conflit avec la tradition existe donc bien. C'est la même chose avec les traditions luos ou kikuyus, les femmes n'ont aucun droit (...). Mais lorsqu'ils viennent ici, nous leur disons que les femmes ont des droits et nous leur donnons leurs droits »¹²⁸²

Enfin, le Kadhi de Nyeri a lui aussi reconnu que, dans son aire de juridiction, où la majorité de la population est d'ethnie kikuyu, il rencontre souvent des problèmes successoraux. Dans son tribunal, de nombreux litiges sont portés par des veuves auxquelles leurs droits sont remis en cause lorsque des parents, invoquant les normes coutumières, leur refusent le droit d'hériter de leur époux défunt. D'après les règles traditionnelles kikuyu, en cas de décès de

¹²⁸² « A problem is that many people do not know the Islamic law, they have amalgamated Islamic law with their traditions, especially the Somali communities, among whom the divorce rate is very high. They are pastoralists and they have adopted this issue of authoritativeness. But some women are learned now and there is a conflict of superiority. This issue is causing a very high rate of divorce in North Eastern. But this is not due to Islamic Law, it is due to our traditions, where women were taken to be inferior and taking orders from men. But now that women are learned, they want their rights in Islamic law to be protected. In some parts of North Eastern, when a man dies, women are not given inheritance, which is part of the Somali tradition, like most African traditions. But in Islamic law, women have a right to inherit. So, that conflict with the tradition is there. It is the same with Luo or Kikuyu traditions, women have no rights (...). But when they come here, we tell them that women have rights and we give them their rights ». Entretien avec Rashid Ali Omar, Kisumu, le 20 mars 2006.

son père, une jeune fille n'a pas le droit d'hériter de ses biens, alors que selon le droit musulman, une fille a une part automatique dans les biens de son père défunt, quel que soit son statut marital ou financier¹²⁸³. Le Kadhi a ainsi confié que, dans son tribunal, de nombreuses plaintes sont initiées par des femmes qui se retrouvent dépossédées à la suite du décès de leur père ou de leur époux. Par conséquent, même si le droit islamique ne garantit pas l'égalité dans l'héritage, un grand nombre d'interlocuteurs de confession islamique insistent sur le fait que les femmes musulmanes, lorsque la règle coranique est appliquée, acquièrent automatiquement une part dans les biens de leur défunt mari ou père. L'écart entre normes coutumières et islamiques se révèle ainsi fréquent, en particulier pour diverses populations rurales, pourtant islamisées à grande échelle.

*c. Un respect relatif des normes islamiques par les populations musulmanes rurales :
l'exemple des coutumes mijikenda sur la Côte kenyane.*

Plusieurs affaires concernant des incompatibilités entre le droit musulman et des pratiques locales ont été rapportées par J.N.D. Anderson, impliquant le plus souvent des populations islamisées de la Côte¹²⁸⁴. Dans la région côtière, plusieurs communautés, malgré leur adhésion à l'islam, sont encore considérées comme « primitives » ou « moins musulmanes » par les Arabes et les Swahilis, en raison du maintien de pratiques culturelles qui vont à l'encontre des enseignements coraniques. Ainsi, les Mijikendas, même si certains de leurs membres se sont convertis à l'islam -ou même d'ailleurs au christianisme-, ont conservé bon nombre de leurs pratiques culturelles ancestrales, en particulier les cultes des esprits ou les rites thérapeutiques. Ainsi, les Swahilis reprochent aux Giriama, un sous-groupe mijikenda, l'utilisation de versets du Coran lorsqu'ils pratiquent leurs rites de divination. Les Giriama, qui ne sont pas considérés comme totalement musulmans par les Swahilis et les Arabes, s'estiment d'ailleurs eux-même passablement différents, même si certains adoptent quantité d'habitudes et de normes islamiques, renonçant, par exemple, à leur langue vernaculaire pour ne plus s'exprimer qu'en swahili ou se faisant enterrer selon le rite musulman¹²⁸⁵. Toutefois, même dans leur vie quotidienne, les Mijikendas ne respectent pas toujours très strictement les codes culturels islamiques. Ce fait s'observe surtout dans les campagnes, où les femmes mijikendas ne portent que rarement le *buibui*, auquel elles

¹²⁸³ Entretien réalisé à Nyeri, le 12 juin 2006.

¹²⁸⁴ ANDERSON, J.N.D., 1970, *op. cit.*, pp 81-121.

¹²⁸⁵ Mc INTOSH, J., « Reluctant Muslims : Embodied Hegemony and Moral Resistance in a Giriama Spirit Possession Complex », *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 10, n° 1, mars 2004, pp. 91-112.

préfèrent le plus souvent un simple *lesso* (sorte de long tissu souple dont elles couvrent le bas de leur corps), sans toujours voiler leur visage.

Du point de vue du droit, certaines similitudes existent entre l'islam et les normes traditionnelles mijikendas. Par exemple, dans les deux systèmes, le consentement de la famille de la future épouse est nécessaire pour que le couple puisse se marier¹²⁸⁶. Mais une majorité de principes ne sont pas compatibles avec les codes islamiques. Le Kadhi de Mombasa a ainsi prétendu que ce sont surtout les musulmans des communautés rurales mijikendas qui tendent à mélanger la religion et leurs coutumes, en particulier le groupe des Digos¹²⁸⁷. Cette population, vivant essentiellement au sud de Mombasa et dont l'islamisation a été étudiée par David C. Sperling, représente, au Kenya, le seul peuple Mijikenda et le seul peuple de langue bantou à avoir adopté l'islam en masse¹²⁸⁸. Toutefois, en dépit de cette islamisation, les Digos ont maintenu de nombreux traits culturels distincts et ne se sont pas totalement assimilés aux musulmans swahilis¹²⁸⁹. Par exemple, de manière traditionnelle, les Digos possèdent un système d'héritage matrilineaire, dans lequel les biens du défunt sont hérités par son frère (le fils du même père et de la même mère) ou, à défaut, par son neveu maternel (le fils d'une sœur). Ainsi, les premiers Digos convertis ont conservé ce système matrilineaire, même si, sous l'influence croissante de l'islam, les fils et les filles sont peu à peu devenus des héritiers légitimes. Historiquement, cela a abouti à une situation assez complexe car le droit islamique s'appliquait pour les différends transmis devant le Kadhi, mais si un conflit était porté devant les tribunaux indigènes, c'était le droit coutumier qui régulaient la répartition des biens. David C. Sperling rappelle qu'à ce sujet, en 1915, plusieurs anciens Digos avaient fait une déclaration devant le *District Commissioner* de Mombasa, Charles Dundas, dans laquelle ils affirmaient leur souhait de se conformer à leurs coutumes en matière d'héritage, plutôt qu'au droit islamique¹²⁹⁰. Pourtant, le système juridique du Protectorat supposait que le droit musulman s'applique aux « natives » et donc à cette population. D'ailleurs, dans une décision

¹²⁸⁶ COTRAN, E., *Restatement of African Law, Kenya, Volume 1, The Law of Marriage and Divorce*, London : Sweet & Maxwell, 1968, p. 82.

¹²⁸⁷ Mombasa, le 2 mars 2007.

¹²⁸⁸ SPERLING, D.C., 1988, *op. cit.*

¹²⁸⁹ MWAKIWIWI, R., *Marriage, Divorce and Inheritance under Digo Customary Law and Islamic Law : A Comparative Study*, A Dissertation submitted in partial fulfilment of the requirements for the LLB Degree, University of Nairobi, 1997, p. 61.

¹²⁹⁰ KNA, DC/MSA/3/4, « Declaration of Ngambi elders », cité in SPERLING, D.C., *The growth of Islam among the Mijikenda of the Kenya Coast, 1826-1933*, Dissertation submitted for the Ph. D. degree, School of Oriental and African Studies, University of London, 1988, pp. 137-138.

de justice de la *Court of Appeal for Eastern Africa* en 1928, le tribunal avait affirmé que le droit musulman devait s'appliquer aux questions d'héritage¹²⁹¹.

Plus récemment, le Kadhi de Kwale, district dans lequel vit une importante population digo, a reconnu rencontrer un certain nombre de problèmes parce que cette communauté ne respecte pas toujours les principes islamiques dans le domaine matrimonial. Kwale, peuplé d'un peu plus de 496.000 habitants, dont une majorité sont musulmans, est un district plutôt rural, où un tribunal de Kadhi a été créé dans les années 1990¹²⁹². La population est pour l'essentiel Mijikenda, avec une majorité de Digos et de Durumas. Or, d'après le Kadhi, Abdulhalim Hussein Athman, il n'est pas rare que les Digos associent leurs coutumes aux règles islamiques. Par exemple, pour cette population, le mariage se fait le plus souvent devant les anciens, le consentement de la future épouse n'est pas toujours demandé et le paiement de la dot ne se fait pas directement à l'épouse, mais aux parents de celle-ci. De plus, en cas de divorce, cette somme est rendue au mari, sauf si la séparation est à l'initiative de ce dernier¹²⁹³. Enfin, si le divorce est en conformité avec les règles coutumières digos, tous les droits et devoirs issus du mariage prennent fin, mais l'époux a toujours l'obligation d'entretenir ses enfants. Dans ce domaine, il existe donc certains conflits entre les droits digo et musulman, en particulier en ce qui concerne la dot et les devoirs temporaires de l'époux envers sa femme divorcée. De même, chez les Durumas, en cas de divorce, la tradition impose à l'épouse de rendre la dot à son époux, une règle très largement suivie, même chez les musulmans, d'après Abdulhalim Hussein Athman. Le Kadhi a en outre confié que de nombreux Digos se montrent quelque peu perturbés lorsque surviennent des questions relatives à leur mariage, ne sachant pas toujours que leur comportement est parfois contraire à leur religion. Une fois encore, le Kadhi a reconnu que, chez les Digos, les problèmes se posent surtout en matière de succession, du fait que, même dans les familles islamisées, tous les membres ne sont pas musulmans. Il a encore affirmé essayer de les convaincre que leurs pratiques coutumières ne respectent pas l'islam, mais il a admis qu'elles ne disparaîtront sans doute jamais car elles sont trop fortement ancrées¹²⁹⁴.

¹²⁹¹ CA 27/1927, *Court of Appeal for Eastern Africa et Kampala*, Ali Ganyuma vs Ali Mohamed ; *East Africa Protectorate Law Reports* (1927-1928), Vol. 11, Mombasa, 1929, p. 30, cité dans SPERLING, D.C., 1988, *op. cit.*, p. 141.

¹²⁹² Le magistrat en poste, Abdulhalim Hussein Athman, a confié être le second à y avoir été nommé.

¹²⁹³ MWAKIWIWI, R., 1997, *op. cit.*, p. 66.

¹²⁹⁴ Entretien réalisé à Kwale, le 21 mai 2007.

D'ailleurs, le mélange entre le droit islamique et certaines coutumes peut donner lieu à des situations rocambolesques. Une affaire pour le moins étrange a par exemple fait l'objet d'un jugement à Malindi, révélant le maintien de pratiques parfois en totale contradiction avec les règles coraniques. Dans ce cas, il s'agissait d'une pratique traditionnelle, commune à plusieurs ethnies kenyanes et selon laquelle, lorsqu'une femme n'a pas d'enfants, elle peut « épouser » une autre femme, à condition de payer une dot à ses parents¹²⁹⁵. Ali Said Salim, le plaignant, accusait son ex-épouse, Riziki Mwangala, d'avoir kidnappé sa nouvelle femme, du nom de Safia¹²⁹⁶. Pour sa défense, la répondante affirmait qu'elle avait, selon les traditions giriamas, « adopté » Safia, après avoir donné 4,000 Shillings à ses parents. Elle expliquait ensuite que son mari avait épousé Safia secrètement et avait eu deux enfants avec elle. Reconnaisant avoir été répudiée, elle prétendait qu'à ce jour son époux ne lui avait pas versé l'indemnité de sa période d'*Edda*. Dans son jugement, en date du 17 mars 2006, le Kadhi a tout d'abord expliqué que l'affaire lui semblait très étrange, du fait des allégations de la répondante, qui estimait que les deux enfants de Safia étaient les siens et non ceux de son ex-époux parce que, ayant payé la dot aux parents de Safia, cette dernière était son épouse. Il a ensuite rappelé que Safia elle-même, dans sa déposition, avait réfuté être mariée au plaignant et que son père et sa mère reconnaissaient avoir marié leur fille à la répondante. Mais le Kadhi, se basant sur les dispositions du droit islamique, n'a pas reconnu l'union entre Riziki Mwangala et Safia et a refusé les demandes de la répondante, au motif qu'elles n'étaient pas reconnues par le droit islamique. Il a enfin affirmé que Safia était bel et bien l'épouse du plaignant, même si leur mariage n'était pas valide parce qu'il n'avait pas été célébré selon les règles coraniques.

Si les affaires de ce genre demeurent exceptionnelles devant le Kadhi, il est toutefois certain que, dans leurs pratiques quotidiennes, nombre de citoyens mélangent, sans toujours en avoir conscience, des normes contradictoires. L'attitude des Kadhis en la matière est unanime, aucun ne reconnaissant de place au droit traditionnel dans son tribunal. Ainsi, pour les fidèles, ignorant parfois que leur comportement contrevient aux règles coraniques, le tribunal constitue parfois un lieu où ils découvrent ou sont sensibilisés à divers principes de leur religion.

¹²⁹⁵ La pratique existerait parmi les populations kamba, kikuyu, kisii. Pour certaines communautés, ce n'est que si la femme est veuve et sans enfant qu'elle peut épouser une autre femme. Comme pour un mariage, traditionnel, une dot doit être payée aux parents pour que le mariage soit valide. *The Saturday Standard*, 26/04/08, p. 23 : « *Some traditions allow a woman to marry another woman* ».

¹²⁹⁶ Voir le détail de l'affaire civile 5/2006, Malindi, dans les annexes.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Tant l'organisation que le fonctionnement ou l'utilisation des tribunaux révèlent un écart entre les principes abstraits du droit et sa mise en œuvre concrète. Une telle différence, si elle n'est pas souhaitable, n'en rappelle pas moins la nature vivante et dynamique du droit, dont les manifestations ne se limitent pas à une application stricte des normes et des textes de loi. Ici, en ce qui concerne la mise en œuvre de la loi islamique par les Kadhis, il est certain que la marge de liberté des magistrats est grande dans la manière dont ils administrent la justice et dans la façon dont ils conçoivent ce qui est bien et ce qui est juste. De ce point de vue, les Kadhis se montrent plus ou moins stricts, révélant des usages variés en fonction des magistrats. De plus, comme pour ce qui concerne le droit coutumier, il est évident que si tout le droit musulman n'est pas reconnu par l'État dans ses dispositifs normatifs, il est appliqué plus largement dans les pratiques que dans ce que la théorie lui reconnaît. En outre, les justiciables eux-mêmes ont des appréciations variables de la justice, selon leur degré d'éducation, leur degré de religiosité ou en fonction de la conception de leur propre intérêt. En outre, ces derniers appartiennent à des environnements et à des cultures diverses et leurs comportements restent influencés par ces éléments, qui dévient parfois par rapport à la norme islamique.

Ce chapitre s'attachait à démontrer la complexité du jeu des acteurs dans leur application et dans leur recours au droit, avec l'idée selon laquelle il n'existe pas une opposition fondamentale entre les différents modèles normatifs, mais plutôt une interaction et une complémentarité que les acteurs savent manipuler. Pour les magistrats, cela se manifeste par un respect plus ou moins strict des règles de procédure ou de limitation de leurs compétences, en fonction de leur propre compréhension de leur rôle et de ce que les plaideurs peuvent attendre d'eux. Pour les justiciables, cela s'exprime à travers des degrés divers de « fidélité » à l'institution islamique, selon que le droit qui y est appliqué leur est ou non favorable. De ce point de vue, il s'agissait bien de réfléchir à ce à quoi sert le droit, c'est-à-dire de s'interroger sur ses modes d'expression et d'utilisation, afin d'en comprendre les logiques et le fonctionnement.

CONCLUSION GENERALE

« Le tribunal de la charia est l'unique institution islamique officielle que les musulmans d'Israël ont conservé. Il nous incombe d'en faire une institution qui applique le droit islamique dans la pratique, de manière à inculquer la foi religieuse et à renforcer la règle d'Allah sur la terre. C'est pourquoi, la préservation des tribunaux de la charia est un impératif islamique de base, à condition que ces tribunaux servent comme bastion de justice et de vérité »¹²⁹⁷.

Dans cette déclaration, le Président de la Cour islamique d'appel d'Israël estimait que l'introduction de normes éthiques dans le système de justice islamique et le renforcement des fonctions judiciaires des Kadhis rendraient le public plus confiant dans ces institutions et les magistrats de droit musulman des juges plus actifs, à même d'utiliser des méthodes influencées par le droit moderne. Ce genre de conclusion pourrait s'appliquer à la situation des juridictions kadhiales au Kenya. Ici, les tribunaux de Kadhis représentent une institution qualifiée d'essentielle à l'application du droit islamique pour les musulmans. Toutefois, son organisation est entravée par un certain nombre de déficiences qui la rendent critiquable aux yeux des juristes, ces derniers condamnant le manque de professionnalisme et de rigueur de certains magistrats. Malgré tout, de par leur fonctionnement et leur proximité avec la population, ces institutions demeurent partie intégrante d'un système juridique qui souffre de nombreuses autres lacunes.

Les tribunaux de Kadhis tels qu'ils fonctionnent aujourd'hui au Kenya pâtissent d'un caractère assez traditionnel, qui ne tient pas seulement au manque de qualification de certains de leurs magistrats, mais aussi au manque flagrant de moyens. Institutions anciennes, dont les attributions et le fonctionnement reposent sur une loi qui n'a été que très peu modifiée depuis son adoption en 1967, les tribunaux de Kadhis nécessitent sans doute des adaptations pour les rendre plus efficaces et plus respectables aux yeux de tous. Or, les débats constitutionnels, au-

¹²⁹⁷ « *The Shari'a court is the only official Islamic institution that Muslims in Israel still retain. It is incumbent upon us to make it an institution that applies Islamic law in practice, in order to inculcate religious faith and strengthen the rule of Allāh on earth. Therefore, the preservation of the Shari'a courts is a basic Islamic imperative, provided that these courts serve as bastions of justice and truth* ». Extrait de la seconde *Marsūm qadā'ī* (collection de conseils juridiques) de Shaykh Al-Natur, le Président de la *Shari'a Court of Appeal* d'Israël, cité dans Yitzhak REITER, 1997, *op. cit.*, p. 228.

delà de la controverse relative à ces institutions, ont aussi mis en lumière un certain nombre de propositions et de modalités pour les moderniser, même si, au sein du système judiciaire, ces cours de justice suscitent peu d'intérêt. De fait, leur relative indépendance constitue à la fois un avantage et un inconvénient, dans la mesure où toute réforme ne peut alors venir que des magistrats musulmans eux-mêmes, comme l'ont démontré les efforts pour une adaptation des règles de procédure ou pour une uniformisation du droit appliqué.

Pourtant, seule une modernisation de ces institutions pourrait en garantir l'efficacité et limiter les critiques à leur encontre. D'ailleurs, l'idée de rendre ces juridictions plus en phase avec leur environnement n'est pas nouvelle et déjà, en 1962, J.N.D Anderson s'interrogeait sur la place qui devrait être réservée à de tels tribunaux dans une société moderne. D'après lui, le maintien de l'application du droit islamique dans les territoires du Commonwealth en Afrique soulevait deux interrogations principales. La première concernait « *la praticabilité de maintenir une situation sous laquelle différents membres du même État national sont sujets à des systèmes de droit différents* »¹²⁹⁸. Il s'agissait donc de savoir si une société moderne pouvait admettre que son système juridique autorise les conflits de droit interpersonnels, ce à quoi la réponse apportée était positive. Mais surtout, la seconde question concernait « *la nature profonde du droit islamique et la possibilité de son adaptation à la vie moderne* »¹²⁹⁹ et le problème consistait à déterminer si un droit considéré comme basé sur la révélation divine pouvait « *s'adapter –ou être adapté- de façon à le rendre capable de résoudre le genre de conflits qui se posent dans une société industrielle ?* »¹³⁰⁰. Ici, J.N.D. Anderson reformulait la question qui, d'après lui, portait sur la possibilité pour ce droit de se conformer aux idées contemporaines du mariage, du divorce et de l'héritage. Et, s'appuyant sur l'expérience de plusieurs pays arabes, il répondait là encore par l'affirmative¹³⁰¹. Dans le contexte du Kenya et en se basant sur l'étude de l'application du droit de la famille par les Kadhis, la difficulté est aussi de définir ce que les musulmans peuvent considérer comme adaptable ou non. Ainsi que l'ont démontré les débats autour d'une unification du droit de la famille, la question est hautement sensible dans ce pays et les réformes proposées par les Kadhis eux-mêmes, à l'image des travaux pour une unification du droit islamique, apparaissent plus acceptables.

¹²⁹⁸ « *the practicability of maintaining a situation under which different members of the same national state are subject to different systems of law* », J.N.D ANDERSON, 1962, *op. cit.*, p. 617.

¹²⁹⁹ « *the very nature of Islamic law and the possibility of its adaptation to modern life* », *Ibid.*, p. 617.

¹³⁰⁰ « *adapt itself –or be adapted- as to enable it to resolve the typical conflicts of an industrial society* », *Ibid.*, p. 617.

¹³⁰¹ *Ibid.*, pp. 629-630.

Émanant de musulmans, ils ne sont pas soupçonnés d'avoir pour ambition de renier la place de la loi coranique au sein de la législation kenyane.

Le pluralisme juridique est aujourd'hui reconnu dans une majorité de pays et par de nombreux analystes comme un fait contre lequel il est vain de lutter car, même s'il n'est pas reconnu officiellement, il reste présent dans toutes les sociétés. Gordon R. Woodman considère ainsi que le pluralisme juridique, envisagé comme la simple diversité des normes légales étatiques, est impossible à éradiquer, dans la mesure où cela n'empêcherait pas des pratiques sociales plurielles et le recours aux normes coutumières de se maintenir, mais élargirait le fossé entre le droit étatique et les conduites sociales¹³⁰². C'est pourquoi il estime que « *la vie sociale devrait être ordonnée de manière à permettre aux collectivités de pratiquer leurs propres cultures* »¹³⁰³. Le problème essentiel demeure toutefois celui de l'équilibre difficile à trouver entre ce que les communautés peuvent réguler et ce qui doit ressortir de la compétence de l'État, afin de garantir un degré minimum d'égalité entre les citoyens. Ayelet Shachar propose par exemple une forme de négociation des complexités du pluralisme juridique à travers une répartition des rôles respectifs des communautés religieuses ou culturelles et de l'État, dans le domaine du droit de la famille. Dans son modèle, les premières auraient la possibilité de contrôler leurs propres frontières, essentielles au maintien et à la perpétuation de l'identité du groupe, en étant responsables des règles de mariage, de divorce et de légitimité des enfants. En contrepartie, l'État aurait autorité exclusive sur les questions de pension alimentaire, de division des biens et de garde des enfants, qui ne concernent pas seulement les membres du groupe mais qui se posent dans toute situation où un mariage est rompu. Ainsi, d'après l'auteur, l'État peut et devrait appliquer un droit unique dès lors que l'intégrité d'un groupe particulier n'est pas en question¹³⁰⁴. Au Kenya, le schéma qui prévaut correspond plus ou moins à ce modèle, puisque les différentes communautés religieuses et ethniques ont la possibilité d'appliquer leurs règles en matière de statut personnel, alors que les dispositions étatiques sont contenues dans le *Marriage Act*. Mais comme il l'a été démontré, la juridiction des Kadhis reste incertaine sur diverses questions et le modèle proposé par Ayelet Shachar pourrait constituer une alternative intéressante, même si l'histoire de chaque pays ou le symbolisme attaché à certains droits spécifiques doivent

¹³⁰² WOODMAN, G.R., 1996, *op. cit.*, pp. 163-164.

¹³⁰³ « ...*social life should be ordered as to enable collectivities to practise their own cultures* ». *Ibid.*, p. 165.

¹³⁰⁴ Ayelet SHACHAR, 2001, *op. cit.*

aussi être pris en compte dans la détermination du champ d'autonomie à attribuer à des groupes particuliers.

Chaque société possède, en effet, ses propres représentations de ce qui doit être laissé au contrôle de l'État et de ce qui peut être accordé à l'appréciation des communautés. En ce qui concerne le thème de la présente étude, les pratiques musulmanes sont ainsi changeantes et variables à travers le monde, à l'opposé de l'image d'un droit figé. Par exemple, la polygamie a été interdite par certains pays arabes à majorité musulmane, alors qu'elle est encore autorisée dans la majorité des pays africains reconnaissant le droit islamique. Pourtant, ce droit est aussi dynamique et les magistrats en charge de son application, dans le rendu de leurs jugements et en choisissant de se conformer plus ou moins strictement à certaines normes, participent du changement et de l'adaptation des règles coraniques à la société dans laquelle ils vivent. Le droit islamique, tel qu'appliqué par les Kadhis s'est développé au sein de sociétés arabes patriarcales et par de nombreux aspects, il paraît mal adapté aux sociétés modernes contemporaines. Or, à travers leurs interprétations du droit, de ce qui est juste ou acceptable, les Kadhis savent aussi adapter leurs pratiques aux réalités de leur environnement.

Pouvant sembler archaïques et peu rigoureuses au premier abord, les juridictions de Kadhis, telles qu'elles existent au Kenya, ne répondent donc que mal aux généralisations abusives et il n'est pas inutile d'insister encore sur la variété des situations, en fonction des lieux et surtout des magistrats. Cours parfois qualifiées de traditionnelles, au domaine de compétence très limité, ces institutions semblent néanmoins avoir encore de beaux jours devant elles, en raison de l'attachement symbolique qu'expriment les fidèles à leur égard. D'ailleurs, ces cours de justice ne sont pas seulement importantes de par leur symbolisme historique mais aussi, dans une nation plurielle, parce qu'elles témoignent de l'adaptation possible du droit à la diversité de la population. Les tribunaux de Kadhis figurent enfin parmi les dernières instances spécifiques aux musulmans dans le contexte de l'État kenyan séculier. Au même titre que les écoles coraniques –les *madrasas*–, ils sont importants comme symbole et comme élément d'affirmation d'une culture et d'une identité propres. Dans les deux cas, à travers le recours à ces institutions qui leur sont particulières, les musulmans, sans remettre en question leur appartenance à un l'État, affirment l'importance de leur religion et sa spécificité, dans un cadre à la fois reconnu par le pouvoir et plus ou moins autonome.

BIBLIOGRAPHIE

1- Ouvrages

Généralités

- ADELKHAH, Farida et GEORGEON, François, *Ramadan et Politique*, Paris : CNRS Editions, 2000, 153 pages.
- AL-SHAHI, Ahmed (dir.), *The Diversity of the Muslim Community. Anthropological Essays in Memory of Peter Lienhardt*, London : Ithaca Press, 161 pages.
- ANDERSON, Benedict, *Imagines Communities. Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*, London : Verso, 1983, 160 pages.
- BALANDIER, Georges, *Anthropologie politique*, Paris : PUF, 1967, 240 pages.
- BAYART, Jean-François, *L'illusion identitaire*, Paris : Fayard, 1996, 306 pages.
- BOURDIEU, Pierre, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève : Droz, 1972, 269 pages.
- CAHEN, Michel, *La nationalisation du monde. Europe, Afrique. L'identité dans la démocratie*, Paris : L'Harmattan, 1999, 251 pages.
- CHEBEL, Malek, *La formation de l'identité politique*, Paris : Editions Payot & Rivages, 1998, 223 pages.
- EICKELMAN, Dale F. et PISCATORI James (ed.), *Muslim Travellers, Pilgrimage, Migration and the Religious Imagination*, London : Routledge, 1990, 281 pages.
- ESPOSITO, John, *The Islamic Threat : Myth or Reality?*, Oxford : Oxford University Press, 1995, 292 pages.
- GEERTZ, Clifford, *Local Knowledge : Further Essays in Interpretative Anthropology*, New-York : Basic Books, 1983, 244 pages.
- GEERTZ, Clifford, *Savoir local, savoir global. Les lieux du savoir*, Paris : PUF, 1986, 293 pages.
- GEERTZ, Clifford, *The Interpretation of Cultures. Selected essays*, London : Fontana Press, 1993, 470 pages.
- GELLNER, Ernest, *Muslim Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 1981, 268 pages.

- HABERMAS, Jürgen, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Paris : Fayard, 1996, 386 pages.
- HASAN, Mushirul (ed.), *Islam, Communities and the Nation. Muslim Identities in South Asia and Beyond*, New Dehli : Manohar Publishers, 1998, 530 pages.
- HOARE, Quintin et NOWELL SMITH, Geoffrey, *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*, New-York : International Publishers, 1971, 483 pages.
- Ibn KHALDUN, *Al-Muqaddima*, Beirut : non daté.
- LAMIZET, Bernard, *Politique et identité*, Lyon : Presses Universitaires de Lyon, 2002, 350 pages.
- LEWIS, Bernard et SCHNAPPER, Dominique, *Musulmans en Europe*, Arles : Actes Sud, 1992, 221 pages.
- MANGER, Leif (ed.), *Muslim Diversity. Local Islam in Global Contexts*, Richmond : Curzon Press, 1999, 260 pages.
- MARTIN, Denis-Constant (dir.), *Cartes d'identité. Comment dit-on « nous » en politique ?*, Paris : Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1994, 304 pages.
- NARAIN, Vrinda, *Gender and Community. Muslim Women's Rights in India*, Toronto : University of Toronto Press, 2001, 202 pages.
- OTAYEK, René, *Identité et démocratie dans un monde global*, Paris : Presses de Science Po, 2000, 228 pages.
- ROY, Olivier, *L'Islam mondialisé*, Paris : Seuil, 2002, 210 pages.
- RUANO-BORBALAN, Jean-Claude (dir.), *L'identité. L'individu, le groupe, la société*, Auxerre : Sciences Humaines Éditions, 1998, 394 pages.
- SHAIKH, Farzana, *Community and Consensus in Islam : Muslim Representation in Colonial India, 1860-1947*, Cambridge : Cambridge University Press, 1989, 255 pages.
- TÖNNIES, Ferdinand, *Communauté et société : catégories fondamentales de la sociologie pure*, Paris : PUF, 1944, 247 pages.
- TURNER, Bryan S., *Weber and Islam*, London : Routledge & Kegan Paul, 1974, 212 pages.
- VERBUNT, Gilles, *La société interculturelle. Vivre la diversité humaine*, Paris : Seuil, 2001, 281 pages.
- WEBER, Max, *Économie et société*, tome 1, Paris : Plon, 1971, 650 pages.
- WESTERLUND David (ed.), *Questioning the Secular State. The Worldwide Resurgence of Religion in Politics*, London : Hurst and Company, 1996, 428 pages.
- WESTERLUND, David et SVANBERG, Ingvar (eds.), *Islam Outside the Arab World*, Richmond : Curzon Press, 1999, 476 pages.

- WIEVIORKA, Michel (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris : La Découverte, 1996, 323 pages.

Ouvrages spécifiques sur l'Afrique, l'Afrique orientale ou le Kenya

- AZUMAH, John Alembillah, *The Legacy of Arab-Islam in Africa. A Quest for Inter-religious Dialogue*. Oxford : Oneworld Publications, 2001, 264 pages.
- BAKARI, Mohamed et YAHYA Saad S. (eds.), *Islam in Kenya*, Proceedings of the National Seminar on Contemporary Islam in Kenya, Nairobi : MEWA Publications, 1995, 339 pages.
- BANG, Anne K., *Sufis and Scholars of the Sea. Family Networks in East-Africa, 1860-1925*, London : Routledge, 2003, 260 pages.
- BAYART, Jean-François, MBEMBE, Achille et TOULABOR, Comi, *Le politique par le bas en Afrique noire. Contributions à une problématique de la démocratie*, Paris : Karthala, 1992, 268 pages.
- BAYART, Jean-François (dir.), *Religion et modernité politique en Afrique noire. Dieu pour tous et chacun pour soi*, Paris : Karthala, 1993, 312 pages.
- BENNETT, Norman N., *A History of the Arab State of Zanzibar*, London : Methuen and Co. Ltd., 1978, 304 pages.
- BOURMAUD, Daniel, *Histoire politique du Kenya. État et pouvoir local*, Paris : Karthala, Nairobi : CRELU, 1988, 326 pages.
- BRENNER, Louis (ed.), *Muslim Identity and Social Change in Sub-Saharan Africa*, London : Hurst and Company, 1993, 250 pages.
- BUNGER, Robert Louis, *Islamization among the upper Pokomo*, Syracuse et New-York : Maxwell School of Citizenship and Public Affairs, Syracuse University, 1979, 166 pages.
- CAPLAN, Pat et TOPAN, Farouk (ed.), *Swahili Modernities. Culture, Politics and Identity on the East Coast of Africa*, Trenton : Africa World Press, 2004, 235 pages.
- CHARTON-BIGOT, Hélène et RODRIGUEZ-TORRES, Deyssi (dir.), *Nairobi contemporain. Les paradoxes d'une ville fragmentée*, Paris : Karthala et Nairobi : IFRA, 2006, 527 pages.
- CHARTON, Hélène et MEDARD, Claire, *L'Afrique Orientale. Annuaire 2005*, Paris : L'Harmattan, 2007, 353 pages.

- COMAROFF, Jean et COMAROFF, John L., *Of Revelation and Revolution : Christianity, Colonialism and Consciousness in South Africa*, Vol. 1, Chicago : University of Chicago Press, 1991, 414 pages.
- CONSTANTIN, François et COULON, Christian (dir.), *Religion et transition démocratique en Afrique*, Paris : Karthala, 1997, 387 pages.
- COUPLAND, R., *East Africa and its Invaders. From the Earliest Times to the Death of Seyyid Said in 1856*, Oxford : Clarendon Press, 1956 (1^{ère} édition en 1938), 584 pages.
- COUPLAND, R., *The Exploitation of East Africa, 1856-1890*, London : Faber & Faber, 1968, 504 pages.
- CRUISE O'BRIEN, Donal B., *Symbolic Confrontations. Muslims Imagining the State in Africa*, London : Hurst and Company, 2003, 243 pages.
- FAULKNER, Mark R.J., *Overtly Muslim, Covertly Boni. Competing Calls of Religious Allegiance on the Kenyan Coast*, Leiden : Brill, 2006, 293 pages.
- FREEMAN-GRENVILLE, G.S.P., *The East African Coast. Select Documents from the First to the Earlier Nineteenth Century*, Oxford : Clarendon Press, 1962, 314 pages.
- GRAY, Sir John, *History of Zanzibar From the Middle Ages to 1856*, London : Oxford University Press, 1962, 314 pages.
- GRIGNON, François et PRUNIER, Gérard (dir.), *Le Kenya contemporain*, Paris : Karthala, Nairobi : IFRA, 1998, 394 pages.
- HANSEN, Holger Bernt et TWADDLE, Michael (eds.), *Religion and Politics in East Africa*, London : James Currey, 1995, 278 pages.
- HARROW, Kenneth W. (ed.), *Faces of Islam in African Literature*, Portsmouth : Heinemann, 1991, 332 pages.
- HERTSLET, Sir Edward K. C. B., *The Map of Africa by Treaty (Second and Revised Edition)*, London : Printed for Her Majesty's Stationery Office by Harrison and Sons, 1896, 1078 pages (3 volumes).
- KRESSE, Kai, *Philosophing in Mombasa. Knowledge, Islam and Intellectual Practice on the Swahili Coast*, Edinburgh : Edinburgh University Press, 2007, 288 pages.
- LE COUR GRANDMAISON, Colette et CROZON, Ariel (dir.), *Zanzibar aujourd'hui*, Paris : Karthala & Nairobi : IFRA, 1998, 378 pages.
- LE GUENNEC-COPPENS, Françoise et CAPLAN, Pat (dir.), *Les Swahili entre Afrique et Arabie*, Paris : Karthala, 1991, 214 pages.
- LE GUENNEC-COPPENS, Françoise et PARKIN, David (eds.), *Autorité et pouvoir chez les Swahili*, Paris : Karthala, Nairobi : IFRA, 1998, 262 pages.

- LAUNAY, Robert, *Beyond the Stream. Islam and Society in a West African Town*, Berkeley et Los Angeles : University of California Press, 1992, 258 pages.
- LEVTZION, Nehemia et POUELS Randall L. (eds.), *The History of Islam in Africa*, Athens : Ohio University Press, 2000, 591 pages.
- LOW, D.A. et SMITH, Alison (eds.), *History of East Africa*, Vol. III, Oxford : Clarendon Press, 1976, 691 pages.
- LUGARD, Frederick John Dealtry, *The Dual Mandate in British Tropical Africa*, London : Franck Cass, 1965 (5^{ème} édition), 643 pages.
- MALIYAMKONO, T.L. (ed.), *The Political Plight of Zanzibar*, Dar es Salaam : TEMA Publishers, 2000, 255 pages.
- MAMDANI, Mahmood, *Citizen and Subject. Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, Princetown : Princetown University Press, 1996, 353 pages.
- MANGAT, J. S., *A History of the Asians in East Africa, c. 1886 to 1945*, Oxford : Clarendon Press, 1969, 216 pages.
- MARTIN, Esmond Bradley, *Zanzibar, Tradition and Revolution*, London : Hamish Hamilton, 1978, 149 pages.
- MAUPEU, Hervé, KATUMANGA, Musambayi et MITULLAH, Winnie (eds.), *The Moi Succession, Elections 2002*, Nairobi : Transafrica Press, 2005, 434 pages.
- MAXON, Robert M., Thomas P. OSKY, *Historical Dictionary of Kenya*, Lanham : Scarecrow Press, 2000 (seconde édition), 448 pages.
- MAZRUI, Shaykh al-Amin bin 'Ali al, *The History of the Mazru'i Dynasty of Mombasa*, Oxford : Oxford University Press, 1995, 182 pages.
- MBEMBE, Achille, *Afriques indociles. Christianisme, pouvoir et État en société postcoloniale*, Paris : Karthala, 1988, 222 pages.
- MIDDLETON, John, *The World of the Swahili. An African Mercantile Civilization*, New Haven & London : Yale University Press, 1992, 254 pages.
- MIZRA, Sarah et STROBEL, Margaret (eds.), *Three Swahili Women. Life Histories from Mombasa, Kenya*, Bloomington and Indianapolis : Indiana University Press, 1989, 157 pages.
- MUTUNGA, Willy, *Constitution-Making From The Middle. Civil Society and Transition Politics in Kenya, 1992-1997*, Nairobi : SAREAT, 1999, 468 pages.
- NICHOLLS, C. S., *The Swahili Coast, Politics, Diplomacy and Trade on the East African Littoral, 1798-1856*, London : George Allen and Unwin Ltd, 1971, 419 pages.
- ODED, Arye, *Islam and Politics in Kenya*, London : Lynne Rienner Publishers, 2000, 235 pages.

- OGOT, Bethwell Allan (ed.), *Hadith 2*, Nairobi : Historical Association of Kenya, 1970, 267 pages.
- POTASH, Betty (ed.), *Widows in African Societies. Choices and Constraints*, Stanford : Stanford University Press, 1986, 309 pages.
- POUWELS, Randall L., *Horn and Crescent, Cultural Change and Traditional Islam on the East African Coast, 800-1900*, Cambridge : Cambridge University Press, 1987, 273 pages.
- PRINS, A. H. J., *The Swahili-Speaking Peoples of Zanzibar and the East African Coast (Arabs, Shirazi and Swahili)*, London : International African Institute, 1967, 146 pages.
- SALIM, A. I., *Swahili-Speaking Peoples of Kenya's Coast, 1895-1965*, Nairobi : East African Publishing House, 1973, 272 pages.
- SALVADORI, Cynthia, *Through Open Doors. A View of Asian Cultures in Kenya*, Nairobi : Kenway Publications, 1989, 388 pages.
- SHERIFF, Abdul et FERGUSON, Ed (eds.), *Zanzibar Under Colonial Rule*, London : James Currey, 1991, 278 pages.
- STRANDES, Justus, *The Portuguese Period in East Africa*, Nairobi : East African Literature Bureau, 1971 (1^{ère} impression : 1961), 325 pages.
- STROBEL, Margaret, *Muslim Women in Mombasa, 1890-1975*, New Haven and London : Yale University Press, 1979, 258 pages.
- THROUP, David et HORNSBY, Charles, *Multi-Party Politics in Kenya. The Kenyatta and Moi States and the Triumph of the System in the 1992 Election*, Oxford : James Currey, 1998, 660 pages.
- TRIMINGHAM, J. Spencer, *Islam in East Africa*, Oxford : Clarendon Press, 1964, 198 pages.
- WHITE, Luise, *The Comforts of Home, Prostitution in Colonial Nairobi*, Chicago and London : The University of Chicago Press, 1990, 285 pages.

Sur le droit et le droit islamique

- ALLOTT, A.N. (ed.), *Judicial and Legal Systems in Africa*, London : Butterworths, 1970 (seconde édition), 314 pages.
- ANDERSON, J.N.D., *Islamic Law in Africa*, London : Frank Cass and Company, 1970 (1^{ère} édition en 1955), 409 pages.

- AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed, *African Constitutionalism and the Role of Islam*, Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 2006, 199 pages.
- BHATTACHARJEE, A.M., *Muslim Law and the Constitution*, Calcutta and New Dehli : Eastern Law House, 1994 (1ère édition en 1983), 225 pages.
- BOTIVEAU, Bernard, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris : Karthala, Aix-en-Provence : IREMAM, 1993, 379 pages.
- BOUSQUET, Georges-Henri et SCHACHT, Joseph, *Selected Works of Christiaan Snouck Hurgronje*, Leiden : Brill, 1957, 299 pages.
- CHANOCK, Martin, *Law, Custom and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge : Cambridge University Press, 1985, 286 pages.
- COMAROFF, John L. et ROBERTS, Simon, *Rules and Processes : The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago : University of Chicago Press, 1981, 293 pages.
- COTRAN, Eugene, *Restatement of African Law, Kenya, Volume 1, The Law of Marriage and Divorce*, London : Sweet & Maxwell, 1968, 213 pages.
- COTRAN, Eugene, *Restatement of African Law, Kenya, Volume 2, The Law of Succession*, London : Sweet & Maxwell, 1969, 191 pages.
- DOI, Abdur Rahman I., *Étude sur la situation du droit islamique au Nigeria*, Talence : CEAN, Travaux et documents, n° 17, 1988, 59 pages.
- ENGINEER, Asghar Ali, *The Rights of Women in Islam*, London : Hurst and Company, 1996, 188 pages.
- ESPOSITO, John L., *Women in Muslim Family Law*, Syracuse and New-York : Syracuse University Press, 1982, 155 pages.
- GHAI, Yash Pal et Mc AUSLAN, J.P.W.B., *Public Law and Political Change in Kenya. A Study of the Legal Framework of Government from Colonial Times to the Present*, London and Nairobi : Oxford University Press, 1970, 536 pages.
- GLEAVE, Robert (ed.), *Islamic Law. Theory and Practice*, London : IB Tauris & Co., 1997, 248 pages.
- GRANT BOWMAN, Cynthia et KUENYEHIA, Akua, *Women and Law in Sub-Saharan Africa*, Accra : Sedco Publishing, 2003, 652 pages.
- HIRSCH, Susan F., *Pronouncing and Persevering. Gender and the Discourses of Disputing in an African Islamic Court*, Chicago and London : The University of Chicago Press, 1998, 360 pages.
- HOOKER, Michael Barry, *Legal Pluralism : An Introduction to Colonial and Neocolonial Laws*, Oxford : Clarendon Press, 1975, 601 pages.

- JACKSON, Tudor, *The Law of Kenya. An Introduction*, Nairobi, Dar-es-Salaam, Kampala : East African Literature Bureau, 1970, 357 pages.
- KABEBERI, Janet, *The Child. Custody, Care and Maintenance*, Nairobi : Oxford University Press, 1990, 61 pages.
- KIBWANA, Kivutha (ed.), *Law and the Administration of Justice in Kenya*, Nairobi : International Commission of Jurists, Kenya Section, 1992, 219 pages.
- KIBWANA, Kivutha et MUTE, Lawrence (eds.), *Law and the Quest for Gender Equality in Kenya*, Nairobi : Claripress, 2000, 239 pages.
- LAZARUS-BLACK, Mindie et HIRSCH, Susan F. (eds.), *Contested States. Law, Hegemony and Resistance*, New-York and London : Routledge, 1994, 318 pages.
- LAYISH, Aaron, *Women and Islamic Law in a Non-Muslim State*, New Brunswick, New-York : Transaction Books, 1975, 369 pages.
- LE POURHIET, Anne-Marie (dir.), *Droit constitutionnel local. « Égalité et liberté locale dans la Constitution »*, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris : Economica, 1999, 426 pages.
- LE ROY, Étienne, *Le jeu des lois : une anthropologie dynamique du droit*, Paris : LGDJ, 1999, 415 pages.
- LE ROY, Étienne, *Les Africains et l'Institution de la Justice, Entre mimétismes et métissages*, Paris : Dalloz, 2004, 284 pages.
- MALLAT, Chibli et CONNORS, Jane (eds.), *Islamic Family Law*, London : Graham and Trotman, 1990, 395 pages.
- MBEO, Mary Adhiambo et OOKO-OMBAKA, Oki (eds.), *Women and Law in Kenya. Perspectives and Emerging Issues*, Nairobi : Public Law Institute, 1989, 130 pages.
- MESSICK, Brinkley, *The Calligraphic State. Textual Domination and History in a Muslim Society*, Berkeley and Los Angeles : University of California Press, 1993, 341 pages.
- MILLIOT, Louis et BLANC, François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris : Sirey, 1987 (1ère édition en 1953), 669 pages.
- MOMMSEN, W.J. et DE MOOR, J.A. (eds.), *European Expansion and Law. The Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford : Berg Publishers, 1992, 339 pages.
- MUTE, Lawrence Murugu et WANJALA, Smokin, *When the Constitution Begins to Flower. Volume 1. Paradidms for Constitutional Change in Kenya*, Nairobi : Claripress, 2002, 296 pages.

- NASIR, Jamal L., *The Islamic Law of Personal Status*, London : Graham and Trotman, 1990 (1ère édition en 1986), 358 pages.
- NASIR, Jamal L., *The Status of Women under Islamic Law and under Modern Islamic Legislation*, London : Graham and Trotman, 1990, 151 pages.
- QURESHI, M.A., *Muslim Law of Marriage, Divorce and Maintenance*, New Delhi : Deep & Deep Publications, 1995, 455 pages.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Oxford : Oxford University Press, 1999 (édition révisée), 648 pages.
- ROSEN, Laurence, *The Anthropology of Justice. Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge : Cambridge University Press, 1989, 101 pages.
- ROULAND, Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris : PUF, 1988, 496 pages.
- SALIM, Arskal et AZRA, Azyumardi (eds.), *Shari'a and Politics in Modern Indonesia*, Singapore : Institute of Southeast Asian Studies, 2003, 363 pages.
- SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Paris : Maisonneuve et Larose, 1999, 252 pages.
- SHACHAR, Ayelet, *Multicultural Jurisdictions : Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge : Cambridge University Press, 2001, 208 pages.
- SOW SIDIBE, Amsatou, *Le pluralisme juridique en Afrique (L'exemple du droit successoral sénégalais)*, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991, 383 pages.
- TYAN, Émile, *Histoire de l'organisation judiciaire au pays d'islam*, Leiden : Brill, 1960 (2^{ème} édition), 673 pages.
- VOGEL, Franck, *Islamic Law and Legal System*, Leiden : Brill, 2000, 404 pages.

2- Articles

Généralités

- ATAMAN, Muhittin, « Islamic Perspective on Ethnicity and Nationalism: Diversity or Uniformity ? », *Journal of Muslim Minority Affairs*, Vol. 23, n° 1, April 2003, pp. 89-102.
- BOURDIEU, Pierre, « Habitus, code et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, n° 64, pp. 40-44.

- COULON, Christian « Conclusion », in MARTIN, Denis-Constant (dir.), *Cartes d'identité. Comment dit-on « nous » en politique ?*, Paris : Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1994, pp. 283-298.
- ELLIS, Stephen et TER HAAR, Gerrie, « Religion and politics : taking African epistemologies seriously », in *The Journal of Modern African Studies*, Vol. 45, n°3, septembre 2007, pp. 385-401.
- HALLENCREUTZ, Carl F. et WESTERLUND, David, « Introduction. Anti-Secularist Policies of Religion », in WESTERLUND, David (ed.), *Questioning the Secular State. The Worldwide Resurgence of Religion in Politics*, London: Hurst and Company, 1996, pp. 1-23.
- HASSAN, Riaz, « Imagining Religion: Self-Images of Islam in the Late Twentieth Century », *Asian Studies Review*, Vol. 25, n° 2, June 2001, pp. 131-151.
- JAFFRELOT, Christophe, « Le multiculturalisme indien à l'épreuve. Le cas des débats constitutionnels », *L'Année sociologique*, 46, n° 1, 1996, pp. 187-210.
- KHOSROKHAVAR, Farhad, « L'universel abstrait, le politique et la construction de l'islamisme comme forme d'altérité », in WIEVIORKA, Miche (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris : La Découverte, 1996, pp. 113-151.
- LIPIANSKY, Edmond-Marc, « Comment se forme l'identité des groupes », in RUANO-BORBALAN, Jean-Claude (dir.), *L'identité. L'individu, le groupe, la société*, Auxerre : Sciences Humaines Éditions, 1998, pp. 143-147.
- MARTIN, Denis-Constant, « Le choix d'identité », *Revue française de science politique*, Vol. 42, n°4, août 1992, pp. 582-593.
- MAUSS, Marcel, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », *L'Année sociologique*, seconde série, I, 1923, pp. 30-186.
- NOORANI, A.G., « Muslim Identity : Self-Image and Political Aspirations », in HASAN, Mushirul (ed.), *Islam, Communities and the Nation. Muslim Identities in South Asia and Beyond*, New-Delhi : Manohar Publishers, 1998, pp. 121-138.
- RABO, Annika, « Faith and Identity in Northeast Syria », in MANGER, Leif (ed.), *Muslim Diversity. Local Islam in Global Contexts*, Richmond : Curzon Press, 1999, pp. 173-199.
- ROFF, William R., « Afterword : The Comparative Study of Muslim Societies », in MANGER, Leif (dir.), *Muslim Diversity. Local Islam in Global Contexts*, Richmond : Curzon Press, 1999, pp. 244-256.
- SCHNAPPER, Dominique, « Communautés, minorités ethniques et citoyens musulmans », in LEWIS, Bernard et SCHNAPPER, Dominique, *Musulmans en Europe*, Arles : Actes Sud, 1992, pp. 181-197.

- TOURAINE, Alain, « Faux et vrais problèmes », in WIEVIORKA, Michel (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris : La Découverte, 1996, pp. 291-318.
- WIEVIORKA, Michel, « Culture, société et démocratie », in WIEVIORKA, Michel (dir.), *Une société fragmentée ? Le multiculturalisme en débat*, Paris : La Découverte, 1996, pp. 11-60.

Sur l'Afrique, l'Afrique orientale ou le Kenya

- ADAM, Michel, « Une minorité microcosmique : les Indo-Kenyans de Nairobi », in CHARTON-BIGOT, Hélène et RODRIGUEZ-TORRES, Deyssi (dir.), *Nairobi contemporain. Les paradoxes d'une ville fragmentée*, Paris : Karthala et Nairobi : IFRA, 2006, pp. 285-358.
- AYUBI, Shaheen et MOHYUDDIN, Sakina, « Muslims in Kenya : An Overview », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, 1994, Vol. XV, n° 1-2, pp. 144-156.
- AZEVEDO, Mario et PRATER, Gwendolyn S., « The Minority Status of Islam in East Africa: A Historico-Sociological Perspective », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, Vol. 12 : 2, July 1991, pp. 482-497.
- BAKARI, Mohamed, « Muslims and the Politics of Change in Kenya », in BAKARI, Mohamed et YAHYA, Saad S. (eds.), *Islam in Kenya*, Proceedings of the National Seminar on Contemporary Islam in Kenya, Nairobi : MEWA Publications, 1995, pp. 235-251.
- BAYART, Jean-François, « La revanche des sociétés africaines », *Politique Africaine*, n°11, octobre 1983, pp. 95-127.
- BECKERLEG, Susan, « 'Brown Sugar' or Friday Prayers : Youth Choices and Community Building in Coastal Kenya », *African Affairs*, Vol. 94, n° 374, janvier 1995, pp. 23-38.
- BRENNER, Louis, « Introduction: Muslim Representations of Unity and Difference in the African Discourse », in BRENNER, Louis (ed.), *Muslim Identity and Social Change in Sub-Saharan Africa*, London: Hurst and Company, 1993, pp. 1-20.
- BRENNER, Louis, « Constructing Muslim Identity in Mali », in BRENNER, Louis (ed.), *Muslim Identity and Social Change in Sub-Saharan Africa*, London: Hurst and Company, 1993, pp. 59-78.
- BUIJTENHUIJS, Robert, « L'insurrection Mau Mau », in GRIGNON, François et PRUNIER, Gérard (dir.), *Le Kenya contemporain*, Paris : Karthala, Nairobi : IFRA, 1998, pp. 95-111.

- CAPLAN, Pat, « Introduction », in CAPLAN, Pat et TOPAN, Farouk (ed.), *Swahili Modernities. Culture, Politics and Identity on the East Coast of Africa*, Trenton : Africa World Press, 2004, pp. 1-18.
- CARMICHAEL, Tim, « British 'Practice' Towards Islam in The East Africa Protectorate: Muslim Officials, Waqf Administration and Secular Education in Mombasa and Environs, 1895-1920 », *Journal of Muslim Minority Affairs*, Vol. 17, n° 2, October 1997, pp. 293-309.
- CONSTANTIN, François, « Loi de l'islam contre loi de l'État : Petite chronique d'un été Kenyan », *Islam et Sociétés au sud du Sahara*, 1989, n° 3, pp. 207-223.
- CONSTANTIN, François, « Communautés musulmanes et pouvoir politique en Afrique orientale (XIX°-XX° siècle) », in Département d'Histoire de l'Université du Burundi, *Histoire sociale de l'Afrique de l'Est (XIX°-XX° siècle). Actes du Colloque de Bujumbura (17-24 octobre 1984)*, Paris : Karthala, 1991, pp. 102-116.
- CONSTANTIN, François, « Leadership, Muslim Identities and East African Politics: Tradition, Bureaucratization and Communication », in BRENNER, Louis (ed.), *Muslim Identity and Social Change in Sub-Saharan Africa*, Londres : Hurst and Company, 1993, pp. 36-58.
- CONSTANTIN, François, « Muslims and Politics. The Attempts to Create Muslim National Organizations in Tanzania, Uganda and Kenya », in HANSEN, Holger Bernt et TWADDLE, Michael (eds.), *Religion and Politics in East Africa*, London: James Currey, 1995, pp. 19-31.
- CONSTANTIN, François, « Mobilisations populistes musulmanes. Les embûches du passage au politique (Kenya, Tanzanie) », in CONSTANTIN, François et COULON, Christian (dir.), *Religion et transition démocratique en Afrique*, Paris : Karthala, 1997, pp. 315-336.
- CONSTANTIN, François et COULON, Christian, « Religion et démocratie. Introduction à une problématique africaine », in CONSTANTIN, François et COULON, Christian (dir.), *Religion et transition démocratique en Afrique*, Paris : Karthala, 1997, pp. 9-24.
- COULON, Christian, « Les itinéraires politiques de l'islam au Nord-Nigeria », in BAYART, Jean-François (dir.), *Religion et modernité en Afrique. Dieu pour tous et chacun pour soi*, Paris : Karthala, 1993, pp. 19-62.
- CROZON, Ariel, « L'Umma divisée. Les communautés musulmanes du Kenya », in GRIGNON, François et PRUNIER, Gérard (dir.), *Le Kenya contemporain*, Paris : Karthala, Nairobi : IFRA, 1998, pp. 169-189.

- CRUISE O'BRIEN, Donal B., « Coping with the Christians. The Muslim Predicament in Kenya », in HANSEN, Holger Bernt et TWADDLE, Michael (eds.), *Religion and Politics in East Africa*, London: James Currey, 1995, pp. 200-219.
- DREYFUS, Françoise, « L'Afrique du Sud entre unité et communautés », in LE POURHIET, Anne-Marie (dir.), *Droit constitutionnel local. 'Égalité et liberté locale dans la Constitution'*, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris : Economica, 1999, pp. 315-324.
- ELLIS, Stephen et TER HAAR, Gerrie, « Religion and Politics : Taking African Epistemologies Seriously », *The Journal of Modern African Studies*, Vol. 45, n° 3, septembre 2007, pp. 385-401.
- FRANKL, P.J.L., « The Observance of Ramadān in Swahili-land », *Journal of Religion in Africa*, XXVI, 4, November 1996, pp. 416-434.
- HUNWICK, John, « Sub-Saharan Africa and the Wider World of Islam: Historical and Contemporary Perspectives », *Journal of Religion in Africa*, XXVI, 3, August 1996, pp. 230-257.
- KAPTEIJNS, Lidwien, « Ethiopia and the Horn of Africa », in LEVTZION, Nehemia et POUWELS Randall L. (eds.), *The History of Islam in Africa*, Athens : Ohio University Press, 2000, pp. 227-250.
- KASOZI, A.B.K., « Christian-Muslim Inputs into Public Policy Formation in Kenya, Tanzania and Uganda », in HANSEN, Holger Bernt et TWADDLE, Michael (eds.), *Religion and Politics in East Africa*, London: James Currey, 1995, pp. 223-246.
- KRISHNA, Gopal, « Islam, minority status and citizenship: Muslim experience in India », *Archives européennes de sociologie*, XXVII, n° 2, 1986, pp. 353-368.
- KUBAI, Anne, « The Early Muslim Community of Nairobi (Kenya) », *Islam et Sociétés au Sud du Sahara*, n°6, novembre 1992, pp. 33-44.
- LE COUR GRANDMAISON, Colette, « L'héritage arabe, XVIIIe et XIXe siècle », in LE COUR GRANDMAISON, Colette et CROZON, Ariel, *Zanzibar aujourd'hui*, Paris : Karthala & Nairobi : IFRA, 1998, pp. 35-71.
- MAINA, Lucy W., WASMA, Fuchaka et WAIYEGO, Susan, « Pitfalls in Constitution-Making in Kenya: Experiences from Bomas and the 2005 National Referendum », in CHARTON, Hélène et MÉDARD, Claire, *L'Afrique orientale, annuaire 2005*, Paris: L'Harmattan, pp. 103-128.
- MAKOKHA, Joseph, « The Islamic Factor in Somali Irredentism – Towards Rationalising the Kenyan Government's Stand Against Islamic Political Association », in BAKARI,

- Mohamed et YAHYA, Saad S., *Islam in Kenya, Proceedings of the National Seminar on Contemporary Islam in Kenya*, Nairobi: MEWA Publications, 1995, pp. 81-93.
- MARSHALL-FRATANI, Ruth et PECLARD, Didier, « Introduction au thème. La religion du sujet en Afrique », *Politique Africaine*, n° 87, octobre 2002, pp. 5-19.
 - MAUPEU, Hervé, « Les Églises chrétiennes au Kenya : des influences contradictoires », in CONSTANTIN, François et COULON, Christian, *Religion et transition démocratique en Afrique*, Paris : Kathala, 1997, pp. 81-113.
 - MAUPEU, Hervé, « Religion and the Elections », in MAUPEU, Hervé, KATUMANGA, Musambayi et MITULLAH, Winnie, *The Moi Succession. Elections 2002*, Nairobi: Tansafrica Press, 2005, pp. 33-68.
 - MAZRUI, Alamin, « Ethnicity and Pluralism : The Politization of Religion in Kenya », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, Vol. 14 : 1& 2, January & July 1994, pp. 191-201.
 - Mc INTOSH, Janet, « Reluctant Muslims : Embodied Hegemony and Moral Resistance in a Giriama Spirit Possession Complex », *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 10, n°1, mars 2004, pp. 91-112.
 - MIDDLETON, John, « The Towns of the Swahili Coast of East Africa », in AL-SHAHI, Ahmed (dir.), *The Diversity of the Muslim Community. Anthropological Essays in Memory of Peter Lienhardt*, London : Ithaca Press, pp. 99-114.
 - MINAULT, Gail, « Women, Legal Reform and Muslim Identity », in Mushirul HASAN (ed.), *Islam, Communities and the Nation. Muslim Identities in South Asia and Beyond*, New Delhi: Manohar Publishers, 1998, pp. 139-158.
 - MLAHAGWA, J.R. et TEMU, A.J., « The Decline of the Landlords, 1873-1963 », in SHERIFF, Abdul et FERGUSON, Ed (eds.), *Zanzibar Under Colonial Rule*, London: James Currey, 1991, pp. 141-162.
 - MWAKIMAKO, Hassan, « Muslim encounters with the colonial state: The making of 'Qadis and not quite Qadis in colonial Nairobi, ca. 1945 », *Journal for Islamic Studies (Special Issue: Engagements with the Colonial State)*, Vol. 22, 2002, pp. 35-65.
 - MWAKIMAKO, Hassan, « The 'ulamâ and the Colonial State in the Protectorate of Kenya. Appointing *shaykh al-islâm sharîf* 'Abd al-Rahmân b. Ahmad Saggaf (1844-1922) and Chief Kadhi, *shaykh* Muhammad b. 'Umar Bakore (ca. 1932) », in LOIEMEIR, Roman et RUEFIGER, S. (eds.), *Dini na Dunia. The Global World of the Swahili*, Hamburg: Lit. Verlag, à paraître.

- NZIBO, Yusuf A., « Islam and the Swahili-Speaking Community of Nairobi, c. 1895-1963 », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, Vol. 5, n° 2, July 1984, pp. 446-453.
- NZIBO, Yusuf A., « Islamization in the Interior of Kenya : A General Overview », in BAKARI, Mohamed et YAHYA, Saad S. (eds.), *Islam in Kenya*, Proceedings of the National Seminar on Contemporary Islam in Kenya, Nairobi: MEWA Publications, 1995, pp. 40-52.
- ODED, Arye, « Islamic Extremism in Kenya: The Rise and Fall of Sheikh Khalid Balala », *Journal of Religion in Africa*, Vol. XXVI, 4, November 1996, pp. 406-415.
- OLOO, Adams, « Contested Terrain: The Politics of Citizenship and Constitutionalism in Kenya », in CHARTON, Hélène et MÉDARD, Claire, *L'Afrique orientale. Annuaire 2005*, Paris: L'Harmattan, pp. 59-102.
- OTAYEK, René, « La démocratie entre mobilisations identitaires et besoin d'État : y a-t-il une 'exception' africaine ? », *Autrepart*, 10, 1999, pp. 5-22.
- PENRAD, Jean-Claude, « L'autre face de la lune. Figures politiques du ramadan en Afrique orientale », in ADELKHAH, Farida et GEORGEON, François, *Ramadan et Politique*, Paris : CNRS Editions, 2000, pp. 113-123.
- PENRAD, Jean-Claude, « Religieux et profane dans l'École coranique. Le cas de l'Afrique orientale et de l'océan Indien occidental », *Cahiers d'Études africaines*, XLIII (1-2), 169-170, 2003, pp. 321-336.
- POWWELS, Randall L., « The East African Coast, c. 780 to 1900 C. E. », in LEVTZION, Nehemia et POWWELS, Randall L. (ed.), *The History of Islam in Africa*, Athens: Ohio University Press, 2000, pp. 251-272.
- PRUNIER, Gérard, « Les communautés indiennes », in GRIGNON, François et PRUNIER, Gérard (dir.), *Le Kenya contemporain*, Paris : Karthala, Nairobi : IFRA, 1998, pp. 191-207.
- SALIM, Ahmed Idha, « The Movement for "Mwambao" or Coast Autonomy in Kenya, 1956-63 », in B. A. OGOT (ed.), *Hadith 2*, Nairobi : Historical Association of Kenya, 1970, pp. 212-228.
- SPERLING, David C., « Rural Madrasas of the Southern Kenya Coast, 1971-1992 », in BRENNER, Louis (ed.), *Muslim Identity and Social Change in Sub-Saharan Africa*, Londres: Hurst and Company, 1993, pp. 198-209.
- SPERLING, David C., « The Coastal Hinterland and the Interior of East Africa », in LEVTZION, Nehemia et POWWELS, Randall L. (ed.), *The History of Islam in Africa*, Athens: Ohio University Press, 2000, pp.273-302.
- SWARTZ, Marc J., « Religious Courts, Community, and Ethnicity Among the Swahili of Mombasa. An Historical Study of Social Boundaries », *Africa*, 49 (1), 1979, pp. 29-41.

- THROUP, David, « Render unto Caesar the Things that are Caesar's. The Politics of Church-State Conflict in Kenya 1978-1990 », in Holger Bernt HANSEN & Michael TWADDLE, *Religion and Politics in East Africa*, London: James Currey, 1995, pp. 143-176.
- Anonyme, « The Rejection of the Marriage Bill in Kenya », *Journal of African Law*, Vol. 23, n° 2, Autumn 1979, pp. 109-114.
- Conjoncture: « Élections et violences au Kenya », *Politique Africaine*, n°109, mars 2008, pp. 107-166.
- Dossier : « Les élections générales 2007 au Kenya », *Les Cahiers d'Afrique de l'Est*, n° 37, janvier-avril 2008, 308 pages.

Sur le droit, le droit islamique

- ALLOTT, Anthony, « The Development of the East African Legal System during the Colonial Period », LOW, D.A. et SMITH, Alison (eds.), *History of East Africa*, Vol. III, Oxford: Clarendon Press, 1976, pp. 348-382.
- ALLOTT, Anthony, « Foreword », in MALLAT, Chibli et CONNORS, Jane (eds.), *Islamic Family Law*, London : Graham and Trotman, 1990, pp. XI-XIV.
- ANDERSON, J.N.D., « The Future of Islamic Law in British Commonwealth Territories in Africa », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 27, n° 4, 1962, pp. 617-631.
- ANDERSON, J.N.D., « Comments with Reference to the Muslim Community », *East African Law Journal*, March-June 1969, Vol. V, n° 1-2, Special Issues: Republic of Kenya Reports of the Commissions on the Laws of Marriage and Divorce Succession, pp. 5-20.
- ANTOUN, Richard T., « The islamic Court, the Islamic Judge and the Accomodation of Traditions : A Jordanian Case Study », *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 12, n°4, décembre 1980, pp. 455-467.
- BENDA-BECKMANN, Franz von, « Symbiosis of Indigenous and Western Law in Africa and Asia : An Essay in Legal Pluralism », in W.J. MOMMSEN, J.A. de MOOR, *European Expansion and Law. The Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford : Berg Publishers, 1992, pp. 307-325.
- BLEUCHOT, Hervé, « L'étude du droit musulman : jalons pour une convergence (entre l'islamologie juridique et l'anthropologie juridique) », *Droit et société*, n° 15, 1990, pp. 175-187.

- BIERWAGEN, Rainer Michael et PETER, Chris Maina, « Administration of Justice in Tanzania and Zanzibar: A Comparison of two Judicial Systems in One Country », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, Part. 2, April 1989, pp. 395-412.
- BOTIVEAU, Bernard, « Droit islamique : du politique à l'anthropologique », *Droit et société*, n° 15, 1990, pp. 181-192.
- BOTIVEAU, Bernard, « 1979-1985, le droit de la famille en question », *Maghreb-Machrek*, 127, 1990, pp. 51-64.
- BOWEN, John R., « Consensus and Suspicion : Judicial Reasoning and Social Change in an Indonesian Society, 1960-1994 », *Law and Society Review*, Vol. 34, n° 1, 2000, pp. 97-127.
- BROWN, Beverly B., « Islamic Law, Qadhi's Courts and Muslim Women's Legal Status: The Case of Kenya », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, , January and July 1993, Vol. XIV, n° 1 et 2, pp. 94-101.
- CAMMACK, Mark, « Indonesia's 1989 Religious Judicature Act. Islamization of Indonesia or Indonesianization of Islam? », in SALIM, Arskal et AZRA, Azyumardi (eds.), *Shari'a and Politics in Modern Indonesia*, Singapore : Institute of Southeast Asian Studies, 2003, pp. 96-124.
- CHANOCK, Martin, « The Law Market : The Legal Encounter in British East and Central Africa », in MOMMSEN, W.J. et DE MOOR, J.A. (eds.), *European Expansion and Law. The Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford : Berg Publishers, 1992, pp. 279-305.
- CHRISTELOW, Allan, « Islamic Law in Africa », in LEVTZION, Nehemia et POUWELS, Randall L. (eds.), *The History of Islam in Africa*, Athens: Ohio University Press, 2000, pp. 373-396.
- COTRAN, Eugene, « Kenya », in ALLOTT, Anthony N. (ed.), *Judicial and Legal Systems in Africa*, London: Butterworths, 1970 (seconde édition), pp. 132-144.
- COTRAN, Eugene, « The Development and Reform of the Law in Kenya », *Journal of African Law*, London: SOAS, Vol. 27, n° 1, 1983, pp. 42-61.
- COTRAN, Eugene, « Marriage, Divorce and Succession Laws in Kenya : is integration or unification possible? », *Journal of African Law*, London, SOAS, Vol. 40, n° 2, 1996, pp. 194-204.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, « Law : A Map of Misreading : Toward a Postmodern Conception of Law », *Journal of Law and Society*, Vol. 14, No. 3, 1987, pp. 279-302.
- DREYFUS, Françoise, « L'Afrique du Sud entre unité et communauté », in LE POURHIET, Anne-Marie (dir.), *Droit constitutionnel local. « Égalité et liberté locale dans la*

Constitution », Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris : Economica, 1999, pp. 315-324.

- ERGENE, Bogac A., « Evidence in Ottoman Courts : Oral and Written Documentation in Early-Modern Courts of Islamic Law », *Journal of the American Oriental Society*, Vol. 124, n°3, Juillet-Septembre 2004, pp. 471-491.

- FISCH, Jörg, « Law as a Means and as an End: Some Remarks on the Function of European and Non-European Law in the Process of European Expansion », in MOMMSEN, W.J. et DE MOOR, J.A, *European Expansion and Law, The Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford: Berg Publishers, 1992, pp. 15-38.

- GEERTZ, Clifford, « Local Knowledge : Fact and Law in Comparative Perspectives », in GEERTZ, Clifford, *Local Knowledge : Further Essays in Interpretative Anthropology*, New-York : Basic Books, 1983, pp. 167-234.

- GHAI, Yash Pal, « The Theory of the State in the Third World and the Problematique of Constitutionalism », in KIBWANA, Kivutha (ed.), *Law and the Administration of Justice in Kenya*, Nairobi : International Commission of Jurists, Kenya Section, 1992, pp. 3-15.

- GRANGAUD, Isabelle, « Le *qâdhî*, la femme et son prétendant (Constantine, XVIII^e siècle) », *Clio*, No. 9, 1999.

- GRIFFITHS, John, « What is Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n°24, 1986, pp. 1-55.

- HENRY, J.-R., « L'identité imaginée par le droit. De l'Algérie coloniale à la construction européenne », in MARTIN, D.-C. (dir.), *Cartes d'identité. Comment dit-on « nous » en politique ?*, Paris : Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1994, pp. 41-63.

- HESSELING, Gerti et LE ROY, Étienne, « Le droit et ses pratiques », *Politique Africaine*, n° 40, décembre 1990, pp. 2-11.

- HIRSCH, Susan F., « Kadhi's Courts as Complex Sites of Resistance : The State, Islam, and Gender in Postcolonial Kenya », in LAZARUS-BLACK, Mindie et HIRSCH, Susan F. (eds.), *Contested States. Law, Hegemony and Resistance*, New-York & London: Routledge, 1994, pp. 207-230.

- HOUSE-MIDAMBA, Bessie, « The Legal Basis of Gender Inequality in Kenya », *African Journal of International and Comparative Law / Revue Africaine de Droit International et Comparé*, juin 1993, Vol. 5, n° 2, pp. 850-868.

- JOHANSEN, Babel, « Formes de langage et fonctions publiques : Stéréotypes, témoins et offices dans la preuve par l'écrit en droit musulman », *Arabica*, 44, 1997, pp. 333-376.

- KENNY, Joseph, « Sharī'a and Christianity in Nigeria: Islam and a 'Secular State' », *Journal of Religion in Africa*, Vol. XXVI, Fasc. 4, November 1996, pp. 338-364.
- KIOKO, Wanza, « The gender question in Kenya's Judicial reforms : the challenge of access to justice for all », in SIHANYA, Ben et KICHANA, Philip (eds.), *Judicial Reform in Kenya, 1998-2003*, Nairobi : Kenya Section of the International Commission of Jurists (ICJ), 2004, Judiciary Watch Series, n° 1, pp. 73-85.
- LAYISH, Aharon, « The Status of the *Sharī'a* in a non-Muslim State. The Case of Israel », *Asian and African Studies*, 27, 1993, pp. 171-187.
- LEGENDRE, Pierre, « Le côté droit des choses », in *Revue interdisciplinaire d'Études juridiques*, Vol. 2, 1979.
- LE ROY, Étienne, « Norme (en anthropologie du droit) », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 2° éd., 1993, pp. 401-404.
- LEWIS, Bernard, « La situation des populations musulmanes dans un régime non musulman : réflexions juridiques et historiques », in LEWIS, Bernard et SCHNAPPER, Dominique, *Musulmans en Europe*, Arles : Actes Sud, 1992, pp. 11-34.
- MALLAT, Chibli, « Introduction », in MALLAT, Chibli et CONNORS, Jane (eds.), *Islamic Family Law*, London : Graham and Trotman, 1990, pp. 1-7.
- MALLAT, Chibli, « Shi'ism and Sunnism in Iraq : Revisiting the Codes », in MALLAT, Chibli et CONNORS, Jane (eds.), *Islamic Family Law*, London : Graham and Trotman, 1990, pp. 71-91.
- MASTURA, Michael O., « The Status of Muslim Personal Law in Selected Non-Muslim Countries », *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, January 1985, Vol. VI, n° 1, pp. 114-126.
- MASTURA, Michael O., « Legal Pluralism in the Philippines », *Law and Society Review*, Vol. 28, n° 3, 1994, pp. 461-475.
- MENSKI, Werner F., « The Reform of Islamic Family Law and a Uniform Civil Code for India », in MALLAT, Chibli et CONNORS, Jane (eds.), *Islamic Family Law*, London: Graham & Trotman, 1990, pp. 253-293.
- MERRY, Sally Engle, « Legal Pluralism », *Law and Society review*, Vol. 22, n° 5, 1988, pp. 869-896.
- MERRY, Sally Engle, « Anthropology, Law, and Transnational Processes », *Annual Review of Anthropology*, Vol. 21, 1992, pp. 357-379.
- MERRY, Sally Engle, « Resistance and the Cultural Power of Law », *Law and Society Review*, Vol. 29, n°1, pp. 11-26.

- MNENEY, Edith, « Maintenance Law : The Rights of Women and Children », in KIBWANA, Kivutha et MUTE, Lawrence (eds.), *Law and the Quest for Gender Equality in Kenya*, Nairobi : Claripress, 2000, pp. 120-140.
- MOMMSEN, W.J., « Introduction », in MOMMSEN, W.J. et DE MOOR, J.A. (eds.), *European Expansion and Law. The Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford : Berg Publishers, 1992, pp. 1-14.
- MOORE, Erin P., « Law's Patriarchy in India », in LAZARUS-BLACK, Mindie et HIRSCH, Susan F. (eds.), *Contested States. Law, Hegemony and Resistance*, New-York & London: Routledge, 1994, pp. 89-117.
- MUIGAI, Githu, « Women and Property Rights in Kenya », in MBEO, Mary Adhiambo et OOKO-OMBAKA, Oki, *Women and Law in Kenya. Perspectives and Emerging Issues*, Nairobi : Public Law Institute, 1989, pp. 113-122 .
- MUIGAI, Githu, « The Judiciary in Kenya and the Search for a Philosophy of Law: The Case of Constitutional Adjudication », in KIBWANA, Kivutha (ed.), *Law and the Administration of Justice in Kenya*, Nairobi: International Commission of Jurists, Kenya Section, 1992, pages?
- MULEI, Christopher, « The Judiciary and Constitutionalism: Creating New Ethos and Values », in MUTE, Lawrence Murugu et WANJALA, Smokin, *When the Constitution Begins to Flower. Vol. I: Paradigms for Constitutional Change in Kenya*, Nairobi: Claripress, pp. 58-88.
- MURUNGI, Kiraitu, « Kenya's Constitutional Theory and the Myth of Africanity », in KIBWANA, Kivutha (ed.), *Law and the Administration of Justice in Kenya*, Nairobi: International Commission of Jurists, Kenya Section, pp. 56-65.
- MWANGI, Kuria, « The Application and Development of Sharia in Kenya », in BAKARI, Mohamed et YAHYA, Saad S. (eds.), *Islam in Kenya*, Proceedings of the National Seminar on Contemporary Islam in Kenya, Nairobi: MEWA Publications, 1995, pp. 252-269.
- OCQUETEAU, Frédéric et SOUBIRAN-PAILLET, Francine, « Champ juridique, juristes et règles de droit : une sociologie entre disqualification et paradoxe », *Droit et Société*, N° 32, 1996, pp. 9-26.
- OPPERMANN, Brenda, « The Impact of Legal Pluralism on Women's Legal Status: An Examination of Marriage Laws in Egypt, South Africa and the United States », *Hastings Women's Law Journal*, 17 (1), 2006, pp. 74-83.

- POULTER, Sebastian, « The Claim to a Separate Islamic System of Personal Law for British Muslims », in MALLAT, Chibli et CONNORS, Jane (eds.), *Islamic Family Law*, London: Graham & Trotman, 1990, pp. 147-166.
- RAMADAN, Moussa Abou, « Judicial Activism of the Shari'ah Appeals Court in Israel (1994-2001) : Rise and Crisis », *Fordham International Law Journal*, Vol. 27, n°1, décembre 2003, pp. 254-298.
- REITER, Yitzhak, « *Qāḍīs* and the Implementation of Islamic Law in Present Day Israel », in GLEAVE, Robert (ed.), *Islamic Law. Theory and Practice*, London : IB Tauris & Co., 1997, pp. 205-231.
- ROSEN, Lawrence, « Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System », *Law and Society Review*, Vol. 15, n°2, 1980-1981, pp. 217-246.
- SHAHAM, Ron, « Judicial Divorce at the Wife's Initiative : The Shari'a Courts of Egypt, 1920-1955 », *Islamic Law and Society*, Vol. 1, n°2, 1994, pp. 217-257.
- SHAHAM, Ron, « Custom, Islamic Law and Statutory Legislation : Marriage, Registration and Minimum Age at Marriage in the Egyptian Shari'a Courts », *Islamic Law and Society*, Vol. 2, n° 3, 1995, pp. 258-281.
- STILES, Erin E., « When is a Divorce a Divorce? Determining Intention in Zanzibar's Islamic Courts », *Ethnology*, Vol. XLII, n° 4, 2003, pp. 273-288.
- SYAGGA, Paul Maurice, « Land Ownership and Use in Kenya : Policy Prescriptions from an Inequality Perspective », in Society for International Development, *Readings on Inequality in Kenya. Sectoral Dynamics and Perspectives*, Nairobi: Society for International Development, 2006, pp. 289-344.
- TULLY, James J., « The Place of Islamic Law in Sierra Leone », *The Muslim World*, Vol. LXXXIV, n° 3-4, July-October 1994, pp. 300-316.
- WOODMAN, Grant R., « Legal Pluralism and the Search for Justice », *Journal of African Law*, Vol. 40, n° 2, 1996, pp. 152-167.
- WÜRTH, Anna, « A Sana'a Court : The Family and the Ability to Negotiate », *Islamic Law and Society*, Vol. 2, n° 3, 1995, pp. 320-340.
- ZAHRAA, Mahdi, « The Legal Capacity of Women in Islamic Law », *Arab Law Quarterly*, Vol. II, n° 3, 1996, pp. 245-263.

3- Mémoires, thèses

- BASHIR, Amina Abdulrehman, *The kadhis' court system in Kenya: A Forgotten Arm of the Judiciary ?*, A dissertation submitted in part fulfilment of the degree of bachelor of laws, University of Nairobi, 1996, 115 pages.
- BUJRA, Janet M., *Ethnicity and Religion: A Case-study from Pumwani, Nairobi*, Nairobi : Institute of African Studies, University of Nairobi, Discussion Paper n° 13, 1970, 20 pages.
- LAFARGUE, Jérôme, *Mobilisations collectives, démocratisation et système d'action protestataire. Analyse comparée des exemples kenyan et zambien*. Thèse pour le Doctorat en Science Politique, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 1996, 663 pages.
- MAINGI, Anne Nkirete, *The Diversity Factor in the History of Islam in Nairobi, 1900-1963*, Master of Arts Thesis, Nairobi : University of Nairobi, 1989, 259 pages.
- MOHAMED, Hakim Kasukari, *Some Aspects of Islam in Kitui, c. 1890-1963*, Department of History, University of Nairobi, Staff Seminar Paper n°5 (1983-1984), 17 pages.
- MWAKIMAKO, Hassan Abdulrahman, *Politics, Ethnicity and Jostling for Power : The Evolution of Institutions of Muslim Leadership and Kadhiship in Colonial Kenya, 1895-1963*, Ph. D. Thesis, Department of Religious Studies, University of Cape Town, 2003, 275 pages.
- MWAKIWIWI, Rashidi, *Marriage, Divorce and Inheritance under Digo Customary Law and Islamic Law: A Comparative Study*, A Dissertation submitted in partial fulfillment of the requirements for the LLB Degree, University of Nairobi, 1979, 120 pages.
- OKWALO, Robinson Juma, *The Coming of Islam in Mumias Division of Kakamega District in Kenya; Its Effects on Christianity and African Culture from 1880-1987*; A Dissertation submitted in Partial Fulfilment of the Requirement for the Diploma in Theology, Makerere University, Kampala, 1987, 57 pages.
- SPERLING, David Colton, *The Growth of Islam among the Mijikenda of the Kenya Coast, 1826-1933*, Dissertation submitted for the Ph. D. degree, School of Oriental and African Studies, University of London, 1988,
- STILES, Erin, *A Kadhi and his court: Marriage, Divorce and Zanzibar's Islamic legal tradition (Tanzania)*, A Dissertation presented to the Graduate School of Arts and Sciences of Washington University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, Washington University, Department of Anthropology, 2002, 366 pages.

4- Rapports, documents officiels

- HASSAN, Ahmed Issack, *Working Document For the Constitution of Kenya Review Commission on the Kadhi's Courts, Chief Kadhi and Kadhis*.
- SIHANYA, Ben et KICHANA, Philip (eds.), *Judicial Reform in Kenya, 1998-2003*, Kenya Section of the International Commission of Jurists (ICJ), 2004, Judiciary Watch Series, n° 1, 141 pages.
- Colonial Office, *Report of the Kenya Coastal Strip Conference, 1962*, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Colonies by Command of Her Majesty, April 1962, London: Her Majesty's Stationery Office, 1962, 7 pages.
- Federation of Women Lawyers (FIDA Kenya), *So Far, How Far? 2007 Annual Report*, Nairobi: FIDA Kenya, 2008, 64 pages.
- National Muslim Council of Kenya (NMCK), Report of: *The Kenya National Muslim Women Needs Assessment Survey 2004*, Nairobi, 2005, 68 pages.
- Republic of Kenya, *The National Assembly Official Report*, Vol. XII (Part 1), Fifth Session, Tuesday, 23rd May 1967 to Wednesday , 28th June 1967,
- Republic of Kenya, *Report of the Committee on the Administration of Justice*, Presented to the Hon. Mr. Justice Z.R. Chesoni, The Chief Justice of the Republic of Kenya, Nairobi: Printed by the Government Printer, 1998, 69 pages.
- Society for International Development (SID), *Readings on Inequality in Kenya, Sectoral Dynamics and Perspectives*, Nairobi : Society for International Development, 2006, 408 pages.
- The Constitution of Kenya Review Commission (CKRC), *The People's Choice. The Report of the Constitution of Kenya Review Commission, Short Version*, Dated, Sealed and Issued by the Constitution of Kenya Review Commission in Mombasa at 10.00 a.m. on Wednesday the 18th day of September, 2002, 75 pages.
- The Constitution of Kenya Review Commission (CKRC), *Report of the Constitution of Kenya Review Commission, Volume Four: Constituency Constitutional Forum Reports*, Approved for issue at the 66th Meeting of the Commission held on 20th March, 2003.
- The Constitution of Kenya Review Commission (CKRC), National Constitutional Conference (NCC), *Verbatim Report of Technical Working Committee Group "E" (TWC "E")*, Chapter 9, on Judiciary, Held in Tent No. 5, Bomas of Kenya, 22.09.03, 99 pages.

- The Constitution of Kenya Review Commission (CKRC); National Constitutional Conference (NCC), *Verbatim Report of Discussion of the Zero Draft, Technical Working Committee Group "E" (TWC "E"), Chapter 9, on Judiciary, Held in Tent No. 5, Bomas of Kenya*, 18.02.04, 60 pages.
- The Constitution of Kenya Review Commission (CKRC), *The Final Report of the Constitution of Kenya Review Commission*, Approved for Issue at the 95th Plenary Meeting of the CKRC Held on 10th February 2005, 719 pages.
- The Kenyan Section of the International Commission of Jurists. *Concept Paper. Civil Society Constitutional Conference on the Kadhis Courts Proposed in the Draft Bill of the Constitution of Kenya*. Judiciary Programme. Mars 2003.
- Anonyme, *Constitution of Kenya Review Process, A Summary of the Proceedings of the First Stakeholders' Forum Held on the 15th and 16th December, 1999, at Ufungamano House, Nairobi*.
- Anonyme, *A Summary Report of the Ufungamano II Stakeholders Forum on the Constitution of Kenya Review Process by the People of Kenya*, Held at Ufungamano House on January 27th, 2000, p. 5.
- Anonyme, *Report of Ufungamano IV Stakeholders Forum*. Venue : Ufungamano House. Date: June 20, 2000.
- Anonyme, *The Constitutional Proposals of the National Convention Assembly (NCA) Movement*, NCA Movement, National Convention Assembly, Fifth Plenary Session – Nairobi, 18th – 20th January 2001, Doc. 5, 32 pages.
- Anonyme, *The Kenya Judiciary in the New Constitution. Report of the Advisory Panel of Eminent Commonwealth Judicial Experts*, Nairobi, Kenya, May, 2002,
- Kenya Tuitakayo, *"The Kenya we want". Proposal for a Model Constitution*, jointly produced by: Law Society of Kenya, Kenya Human Rights Commission and International Commission of Jurists (Kenya Section),
- *The Kenya Coastal Strip, Report of the Commissioner*, Colony and Protectorate of Kenya, Sessional Paper No. 9 of 1961, London: Her Majesty's Stationery Office, 1961, 48 pages.
- *Kenya Coastal Strip, Agreement between the Government of the United Kingdom, His Highness the Sultan of Zanzibar, the Government of Kenya and the Government of Zanzibar*, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Colonies by Command of Her Majesty, October 1963, London : Her Majesty's Stationery Office, 5 pages.

- *Kenya: Report of the Regional Boundaries Commission*, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Colonies by Command of Her Majesty, December 1962, London: Her Majesty's Stationery Office, 113 pages.

5- Communications

- HASHIM, Abdulkadir, *Kadhis' intellectual legacy in the East African Coast: The contributions of Al-Amin bin Ali Al-Mazrui, Muhammad Kassim Al-Mazrui and Abdulla Saleh Farsy*, International Symposium on Islamic Civilization in Eastern Africa, Kampala, 15-17th December 2003, Organised by the Research Centre for Islamic History, Art and Culture, Istanbul and the Islamic University in Uganda, Mbale, 22 pages.

- HASHIM, Abdulkadir, *Servants of Sharia: Kadhis and the Politics of Accommodation in East Africa*, Workshop on 'Sharia Debates and its Perception by Muslim and Christians in Selected African Countries', St Paul's United Theological College, Limuru, Kenya, 15-20th July 2004, 23 pages.

- LONSDALE, John, *Religion and Politics in Kenya*, Lecture at the Trinity College, Cambridge, Monday 7th February 2005, www.martynmission.cam.ac.uk/CJLonsdale..html.

- MARTIN, Denis-Constant, *Les identités et le Politique. Introduction. Des identités à l'identité. Comment saisir les identités en politique ?*, Colloque Cartes d'Identité, 26-27 mars 1992, CERI, Paris.

6- Archives (Kenya National Archives, KNA)

- AG/12/21, *The Courts (Jurisdiction of Qadis) Ordinance*, 1929

- AG/51/205

- AG/51/206, *Kathi for Machakos, appointment of*, 1910-1913

- AP/1/368, *Appointment of Kathi for Nairobi*, 1907

- AP/1/501, *Kathi Nairobi, Papers relating to*, 1908

- AP/1/606, *Increase of the salary of the Sheikh-ul-Islam*, 1919

- AP/1/648, *Kathi at Machakos, appointment of*, 1910

- AP/1/687, *Sheria opinion on various points by Kathis*, 1911

- AP/1/720, *Mahomedan Marriages*, 1911

- AP/1/791, *Sheikh-ul-Islam, re*, 1912

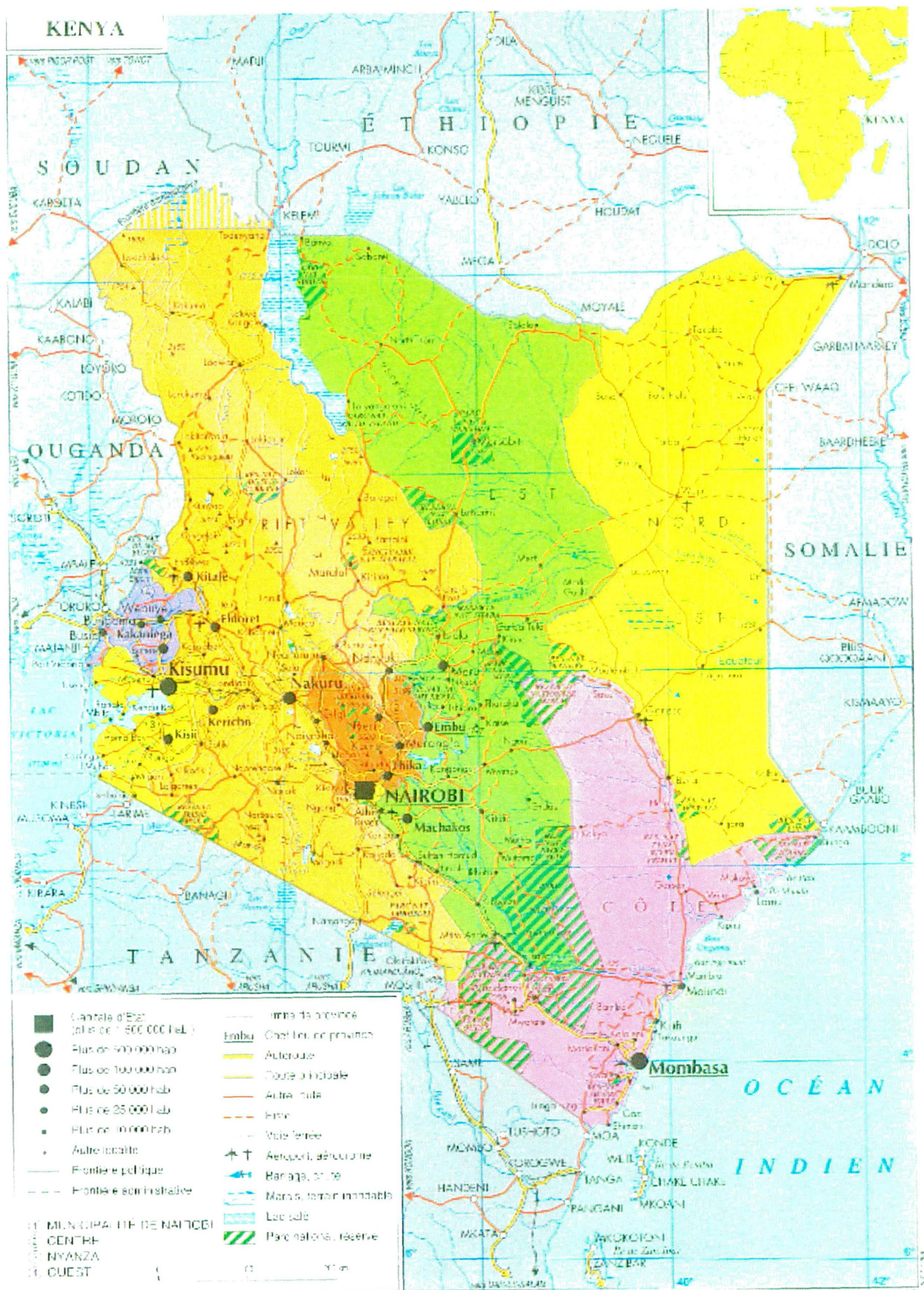
- AP/1/892, *Kathi for Nairobi*, 1914
- AP/1/895, *Native Mohammedans Marriage and Inheritance*, 1914
- AP/1/1103, *Application of Mohammedan Law to Lamu*, 1919-1920
- CA/9/6, *Courts, Liwalis, Mudirs and Kathis*
- CA/9/96, *Muslim Subordinate Courts, Kadhis' Courts, Appointment of Chief Kadhi*, 1960-1964
- CA/10/126, *Coastal Strip*, 1958-1967
- DC/GRS/3/7/19, *December Daily File*, 1964
- DC/ISO/11/4, *Marriage, Divorce and Succession / Appointment of Kadhis and Registrars*
- DC/KSM/1/19/228, *Marriages and Cases*
- GO/1/1/12, *Kenya Constitutional Conference, 1962, Memos, Papers, Proposals, etc., Part I, 14th February-20th March*
- PC/COAST/1/3/2, *The Registration of Mohamedan Marriages and Divorces*, 1910-1914
- PC/COAST/1/10/126, *Kathis' Court, Mombasa*
- PC/COAST/1/20/96, *Kadhis, mudirs, liwalis, etc*, 1915-1924
- PC/COAST/1/22/22, *Administrative Relations Between Arab Officials and Headmen (Coast Administration Policy)*, 1925
- PC/NFD/1/1/12, 1958-1960
- PC/NZA/3/18/29, *Marriages and Divorces –Mohammedans- Appointment of Kathis*, 1937-1950

7- Journaux, Périodiques

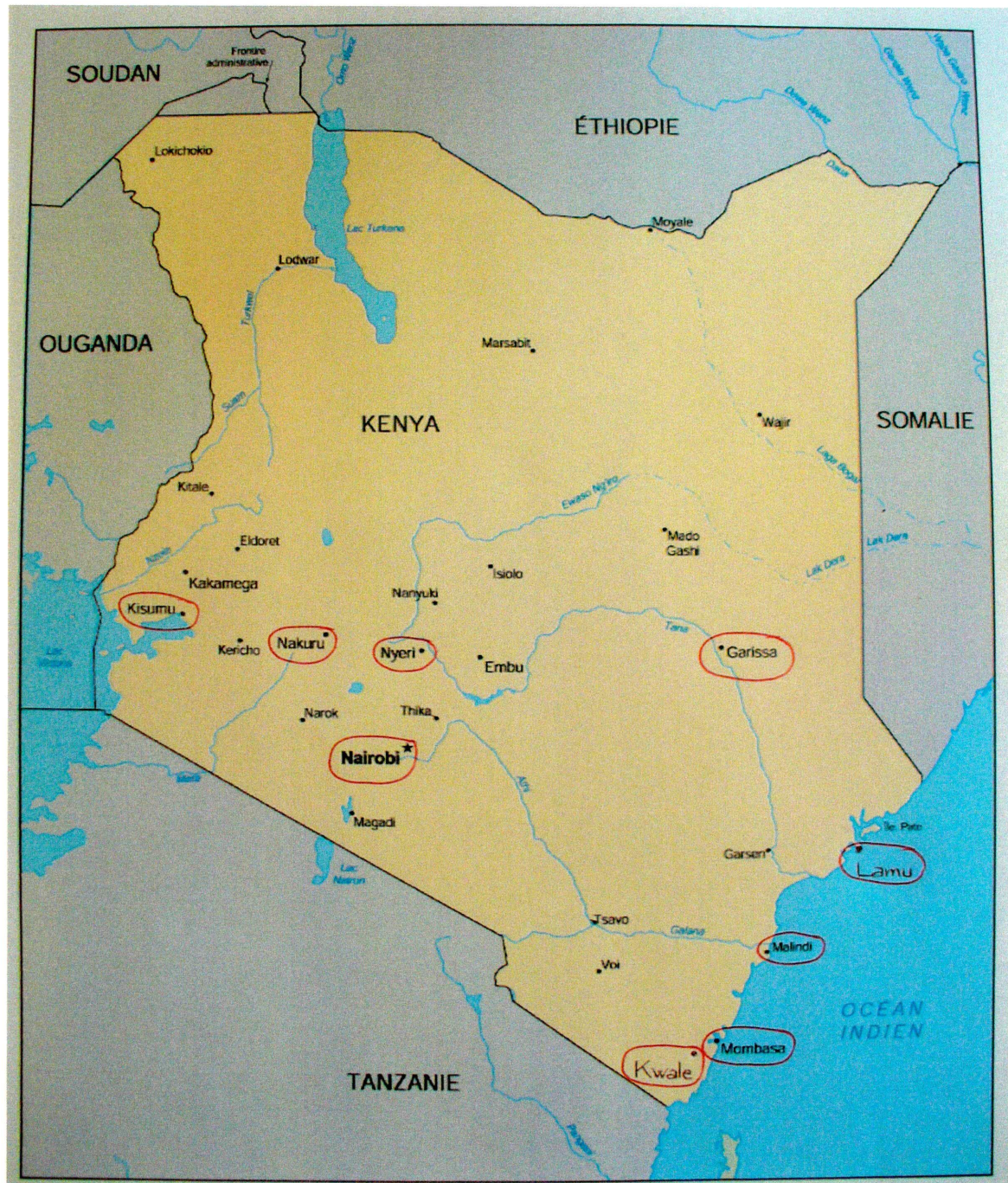
- *Daily Nation*
- *The Standard*
- *Katiba News*
- *The Friday Bulletin*

ANNEXES

1. Cartes
2. Liste des acronymes
3. Glossaire des mots arabes et swahilis
4. Liste des entretiens
5. L'organisation judiciaire au Kenya
6. Brochure d'information sur les tribunaux de Kadhi
7. Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni, Son Altesse le Sultan de Zanzibar, le Gouvernement du Kenya et le Gouvernement de Zanzibar
8. Articles constitutionnels relatifs aux tribunaux de Kadhi
9. The Kadhis' Courts Act
10. Extrait du *Law of Succession Act* (article 2)
11. Articles publiés dans la presse quotidienne
12. Articles publiés dans le *Friday Bulletin*
13. Brochure d'information sur les tribunaux de Kadhi produite par la *Constitution of Kenya Review Commission*
14. Exemples d'affaires civiles portées devant divers tribunaux de Kadhi
15. Exemples d'appels et d'affaires portées auprès de la Haute Cour par des musulmans
16. Miscellaneous Application 890/2004, Haute Cour du Kenya à Nairobi
17. Statistiques sur les litiges portés devant les différents tribunaux de Kadhi
18. Proposition de règles de procédure spécifiques aux tribunaux de Kadhi
19. Exemple de proposition faite dans le cadre des travaux en vue d'une codification du droit islamique au Kenya
20. Documents fournis par les tribunaux de Kadhi (certificat de mariage et de divorce)



Les différentes villes dans lesquelles des tribunaux de Kadhi ont été visités
(entourées en rouge)



Annexe 2. Sigles

CAB	Conciliation and Arbitration Boards
CIPK	Council of Imams and Preachers of Kenya
CKRC	Constitution of Kenya Review Commission
CNC	Coalition for National Convention
CPP	Coast Peoples Party
DEMO	Democratic Movement
FIDA	Fédération Internationale des Femmes Avocates
FORD	Forum for the Restauration of Democracy
FORD-K	Forum for the Restauration of Democracy-Kenya
FRC	Family Resource Centre
IBEAC	Imperial British East African Company
ICJ	International Commission of Jurists
IFRA	Institut Français de Recherche en Afrique
IPK	Islamic Party of Kenya
IPPG	Inter-Parties Parliamentary Group
JPC-K	Justice and Peace Convention-Kenya
KADU	Kenya African Democratic Union
KANU	Kenya African National Union
KHCR	Kenya Human Rights Commission
KNA	Kenya National Archives
KPPNP	Protectorate Peoples National Party
KSC	Kenya Social Congress
LAJP	Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris
LDP	Liberal Democratic Party
LSK	Law Society of Kenya
MCC	Muslim Consultative Council
MoU	Memorandum of Understanding
MUF	Mwambao United Front
MUHURI	Muslims for Human Rights
Namlef	National Muslim Leaders Forum
NAK	National Alliance of Kenya
NARC	National Rainbow Coalition
NCA	National Convention Assembly
NCC	National Constitutional Conference
NCKK	National Council of Churches of Kenya
NCEC	National Convention Executive Council
NCPC	National Convention Planning Committee
NDP	National Democratic Party
NFD	Northern Frontier District
NMCK	National Muslims Council of Kenya
NPPPP	Northern Province Peoples Progressive Party
NUKEM	National Union of Kenya Muslims
ODM	Orange Democratic Movement
ONG	Organisation Non Gouvernementale
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
PCEA	Presbyterian Church of East Africa
PNU	Party of National Unity

PSC	Parliamentary Select Committee
RCMT	Religious Community Mediation Team
RCFT	Religious Community Facilitation Team
SUPKEM	Supreme Council of Kenya Muslims
SYL	Somali Youth League
UMA	United Muslim Association
YMA	Young Muslim Association
ZNP	Zanzibar National Party

Annexe 3. Glossaire des mots arabes et swahilis

Aïd-el-Kebir : Fête la plus importante de l'islam. Aussi appelée « fête du sacrifice », elle marque chaque année la fin du *Hajj* (pèlerinage à La Mecque).

Aïd-ul-Fitr : Fête marquant la fin du mois de Ramadan.

Askari : Garde, soldat (swahili).

Baraza : Réunion publique (swahili).

Buibui : Léger voile noir, utilisé pour couvrir le corps des femmes (swahili).

Cheikh (ou Sheikh) : Titre honorifique, utilisé de manière informelle pour désigner un homme très estimé ou respecté. Se dit *shaha* ou *sheha* en swahili.

Diwani : Leader local dans la région côtière, avant la colonisation (swahili).

Edda : Période de réclusion durant laquelle il incombe à la femme dont le mariage a été dissout par la mort de son mari ou par divorce de rester en solitude et de s'abstenir de se remarier. L'*Edda* répond à trois objectifs : vérifier si la femme est enceinte, afin d'éviter toute confusion en matière de paternité ; laisser au mari qui a divorcé la possibilité de reconsidérer sa décision et de l'annuler lorsque le divorce est révocable ; et fournir une période de deuil en cas de décès de l'époux. Cette période commence au jour du divorce ou au jour du décès du mari et sa durée est variable, selon que la femme est enceinte ou non, qu'elle est ménopausée ou non.

Fitna : Discorde.

Hadith : Tradition prophétique, témoignage de ce que le Prophète dit ou fit. Deuxième autorité dans l'islam.

Heshima : Respect, honneur, politesse (swahili). Chez les Swahilis, le terme est associé à toute une série de codes liés à la femme musulmane, tels que le port du voile et du *buibui* ou l'importance de la virginité lors du premier mariage.

Ijma' : Consensus des savants. L'un des quatre éléments officiels du droit musulman.

Imam : Guide. Terme présentant des acceptions différentes en fonction du contexte dans lequel il est employé. Il est en premier lieu celui qui préside la prière.

Jamaat : Parti, groupe, association (arabe).

Jua Kali : Signifie littéralement « soleil chaud » (swahili) et désigne, au Kenya, le secteur informel.

Jumbe : Leader local dans la région côtière, avant la colonisation (swahili).

Kadhi (ou qadi) : Juge musulman. Lettré employé dans une cours pour rendre des jugements basés sur la charia.

Kanzu : Longue robe, le plus souvent blanche, portée par les hommes musulmans.

Katiba : Constitution (swahili).

Khul : Forme de divorce islamique, par laquelle la femme peut demander une rupture de son union matrimoniale par ordre d'un tribunal.

Kofia : Petit couvre-chef porté par les hommes musulmans.

Lesso : Pièce de tissu, utilisée parfois par les femmes pour couvrir leur corps. Connue aussi sous le nom de *Kanga* (swahili).

Liwali : Officier arabe, en charge d'administrer la justice. Le poste fut aboli à l'indépendance du Kenya.

Madaraka Day : Jour où le Kenya est devenu une République autonome.

Madhhab : Rite ou école juridique. L'une des quatre divisions principales de l'islam sunnite.

Madrasa : École religieuse où les enfants apprennent l'arabe, la mémorisation du Coran et les bases de la foi islamique.

Mahr : Dot. C'est une somme d'argent ou un autre bien qui devient payable par le mari à la femme comme effet du mariage. C'est un droit inaliénable et imprescriptible de l'épouse.

Majimbo : Terme swahili signifiant littéralement « région », il est employé, au Kenya, pour désigner une forme de gouvernement régionaliste.

Majlis-ul-Ulama : Conseil des Lettrés musulmans

Matatu : Minibus. Mode de transport en commun le plus courant au Kenya (swahili).

Mlolongo (pl. *Milongo*) : Mot swahili, signifiant ligne, file ou queue. Connue également sous le nom de « *queuing system* », c'est un mode de scrutin qui fut introduit au Kenya en 1986 et prit effet lors des élections de 1988. Selon ce modèle, anti-démocratique, les membres de la Kanu votaient en public en se plaçant derrière la photographie de l'individu qu'ils souhaitaient avoir comme représentant.

Mubara'a : Forme de divorce islamique par une décision et un accord mutuel des deux époux.

Mudir : Officier arabe, en charge d'administrer la justice. Le poste fut aboli à l'indépendance du Kenya.

Mudiria : Unité administrative, à la base de l'organisation politique des îles de Pemba et Zanzibar.

Mwambao : Mouvement pour l'autonomie de la Bande Côtière, fondé par les Arabes de la région côtière, qui craignaient que les populations de l'intérieur du pays ne dominent l'économie de la Côte après l'indépendance. Le *Mwambao United Front* (MUF) prit la tête de ces demandes entre 1956 et 1963.

Mwenyi Mkuu : Souverains traditionnels des Hadimu. Signifie littéralement le « souverain ».

Mzee wa Mtaa : Leader de quartier (swahili).

Nikah : Mariage.

Nyayo : Littéralement « mettre les pas dans les pas » (swahili). Idéologie officielle du Président Daniel arap Moi, exprimant le désir de continuité par rapport à l'ère Kenyatta, tout en mettant l'accent sur les vertus morales, résumées dans le slogan « *Peace, Love and Unity* ».

Qiyas : Raisonnement par analogie. L'un des quatre éléments officiels du droit musulman

Serikali : Gouvernement (swahili).

Sharif : Personnes reconnues comme étant des descendants du Prophète Mohammed ou de sa famille proche.

Shehias : Division administrative, au sein d'une *Mudiria*. Dirigées par des *Masheha*.

Sheikh-ul-Islam : Titre introduit en Afrique de l'Est par les *Native Courts Regulations* de 1897 qui, en plus de préciser les attributions des juridictions de droit musulman introduisirent, dans leur article 56, un « tribunal du Chief Kadhi », devant siéger à Mombasa et à la tête duquel se trouvait un magistrat désigné sous l'appellation de *Sheikh-ul-Islam*.

Sheria (swahili) ou *Shari'a* (arabe) : Charia, Loi de l'islam

Shifita : Terme utilisé dans la Corne de l'Afrique (Érythrée, Éthiopie, Somalie et Kenya) pour désigner des bandits. Au Kenya, le terme se réfère à la Guerre Shifita (1963-1967), un conflit sécessionniste avec les populations somaliennes du Nord-Est du pays, qui souhaitaient faire partie d'une « Grande Somalie ».

Shomwi : Leader local dans la région côtière, avant la colonisation.

Sunna : Coutume normative du Prophète ou de la première communauté musulmane. deuxième source « révélée ».

Tafrik : Ordre judiciaire de séparation. Divorce imposé par un tribunal. Il peut être prononcé pour diverses raisons : désaccord ou préjudice (femme battue, insultée, etc.), déficience de la part du mari, échec à entretenir sa femme, absence du mari sans raison valable, etc.

Tafsir : Exégèse musulmane, rendue nécessaire parce que certains contenus de nature juridique du Coran étaient insuffisants pour régler l'ensemble des questions de droit. Il s'agit plus une explication de texte qu'une exégèse au sens où on l'entend pour les textes bibliques, car il n'y a pas de critique littéraire ni de recherche des sources du texte. Le texte coranique est censé être dans une langue arabe parfaite et avoir pour auteur Dieu lui-même.

Talaka : Répudiation unilatérale, à l'initiative du mari (swahili). Elle peut être révocable ou irrévocable. Une *Talaka* révocable ne dissout pas le mariage jusqu'à la fin de la période d'Edda et peut à n'importe quel moment être annulée au cours de cette période.

Tamin : Chef, à la tête d'une confédération dans l'organisation traditionnelle du pouvoir à Mombasa, avant la colonisation.

Thelatha Taifa : Les « trois tribus ». Populations indigènes de la Côte kenyane (swahili).

Tisa Taifa : Les « neuf tribus ». Populations indigènes de la Côte kenyane (swahili).

Ufungamano : Mot swahili signifiant unité ou collaboration. L'initiative *Ufungamano* est un regroupement de diverses organisations religieuses kenyanes, qui a pris une part active pour faire pression en vue d'un changement de Constitution.

Umma : Communauté musulmane, ensemble des musulmans que regroupe la même Loi et qui poursuivent les mêmes buts de solidarité interne.

Urf : Coutume (arabe).

Wakf (ou Waqf) : En arabe, signifie l'immobilisation. Sur le plan terminologique, le mot est généralement défini comme étant « l'immobilisation d'un fonds ou d'une propriété avec l'offre de l'usufruit ». Les *Wakf* sont des biens de mainmorte (ce peut être un terrain, un bâtiment), assurant les revenus de fondations pieuses ou les frais de travaux d'intérêt général (construction d'une mosquée, par exemple).

Wakil : Avocat.

Wali : Gouverneur/Tuteur.

Wananchi : Citoyens (swahili).

Wanjiku : Prénom féminin de l'ethnie kikuyu. Il est utilisé pour faire référence aux masses, aux citoyens ordinaires ou à l'opinion majoritaire. Le terme a été popularisé par l'ancien Président Daniel arap Moi, lors d'un rassemblement au début du processus de réforme constitutionnelle.

Waungwana : Le « peuple noble » (swahili). Appellation donnée aux premiers Arabes dans certaines localités de la Côte est-africaine.

Wazee : Anciens (swahili).

Wazilawa : « Ceux nés dans la foi » (swahili). Terme utilisé historiquement par les Swahilis, pour se distinguer des convertis.

Annexe 4. Entretiens

1. Universitaires (entretiens informatifs)

- **Abdulkadir Hashim**, Université de Nairobi, Département d'Études Religieuses, Nairobi, 09/08/06
- **Attiya Waris**, Université de Nairobi, Département de Droit (chargée d'enseignement en droit islamique), Nairobi, 10/08/06
- **Chris Musambayi Katumanga**, Université de Nairobi, Département de Science Politique, Nairobi
- **David C. Sperling**, Strathmore University, Nairobi, 05/11/05
- **Hassan Mwakimako**, Université de Nairobi, Département d'Études Religieuses, Nairobi, 07/10/05

2. Kadhis

- **Abdulhalim Hussein Athman**, Kadhi de Kwale, Kwale, 21/05/07
- **Ahmed Sherif Al Muhdhar**, Kadhi de Nairobi, Nairobi, 26/10/05, 27/10/05, 11/11/05, 29/11/05, 27/09/06
- **Hamisi M. Mshali**, Kadhi de Nakuru, Nakuru, 20/02/06, 25/04/07
- **Hammad M. Kassim**, Chief Kadhi, Mombasa, 21/10/05, 15/12/05, 15/05/06, 02/10/06, 03/10/06
- **Ismail A. Abdallah**, Kadhi de Lamu, Lamu, 05/03/07
- **Sheikh Ali Darani**, ancien Kadhi, Mombasa, 17/01/06
- **Sheikh Ali Shee**, ancien Kadhi, fut également Imam de la mosquée Jamia (Nairobi), actuellement consultant en droit islamique, Mombasa, 19/01/06
- **Sheikh Mohamed Sheikh Hassan**, Kadhi de Nyeri, Nyeri, 12/06/06
- **Sheikh Nassor Nahdy**, ancien Chief Kadhi (de 1982 à 2002), Mombasa, 18/05/06, 19/05/06
- **Sheikh Osman A. Shurie**, Kadhi de Garissa, Garissa, 20/03/07
- **Sheikh Rashid A. Omar**, Kadhi de Kisumu, Kisumu, 20/03/06, 12/02/07
- **Sheikh Twalib Bwana**, Kadhi de Mombasa, Mombasa, 11/01/06, 06/07/06, 02/03/07
- **Sukyan Hassan Omar**, Kadhi de Malindi, Malindi, 30/10/06, 11/12/06

3. Fonctionnaires du Ministère de la Justice, avocats, juristes

- **Abdul El-Kindy**, *Principal Magistrate*, Kisumu, 12/02/07
- **Ahmed Issack Hassan**, avocat, fut commissaire à la *Constitution of Kenyan Review Commission* (CKRC), Nairobi, 03/02/06, 08/02/06
- **Ahmednasir M. Abdullahi**, avocat, ancien Président de la *Law Society of Kenya*, Nairobi, 28/10/05, 26/06/06
- **Alnashir Visram**, juge de la Haute Cour de Nairobi (musulman Ismaélien), Nairobi, 04/05/06
- **Amin Moosa**, avocat (musulman Ismaélien), Nairobi, 11/07/06
- **Amina Bashir**, avocate, membre de la *Law Society of Kenya*, Nairobi, 19/10/05, 28/11/06
- **Bwana Athman Bwana**, clerc du tribunal de Kadhi de Nairobi, Nairobi, 25/11/05
- **D. K. Maraga**, juge de la Haute Cour de Mombasa, Mombasa, 17/05/06
- **Douglas Randu**, clerc du tribunal de Kadhi de Malindi, Malindi, 11/12/06

- **Gladys Boss Shollei**, juriste, éditrice au *National Council for Law Reporting*, chargée d'enseignement en droit à l'Université de Nairobi, Nairobi, 07/06/06
- **Hassan Suleiman**, clerc du tribunal de Kadhi de Nairobi, Nairobi, 29/11/05
- **Hidaya**, clerc du tribunal de Kadhi de Kisumu, Kisumu, 23/03/06
- **Ibrahim Lithome**, avocat, fut commissaire à la *Constitution of Kenya Review Commission* (CKRC) désigné par le *Supreme Council of Kenya Muslims* (SUPKEM), Nairobi, 09/12/05
- **Ibrahim Yussuf**, avocat et membre du *Muslim Consultative Council* (MCC), Nairobi, 20/04/06
- **Jalson Nyaega Makori**, avocat, Nairobi, 25/05/06
- **L. K. Kimaru**, juge de la Haute Cour de Nakuru, Nakuru, 20/02/06
- **Mohammed Ashur**, clerc au tribunal de Kadhi de Mombasa, Mombasa, 23/05/07
- **Mohammed N. Kullow**, avocat, Garissa, 21/03/07
- **Nicanory A. Akanga**, avocat, Mombasa, 13/01/06
- **Reuben N. Nyakundi**, *Chief Magistrate*, Nyeri, 15/06/06
- **Sayed Ahamed**, avocat (Ismaélien), Nairobi, 21/06/06
- **Shiraz Magan**, avocat (Ismaélien) et responsable du système ismaélien de résolution des conflits, Nairobi, 29/06/06
- **Sultana Fadhil**, avocate, Mombasa, 12/01/06
- **Emmanuel Wetang'ula**, avocat, assistant éditeur au *National Council for Law Reporting*, Nairobi, 07/06/06
- **Yasmina Ali**, avocate, Mombasa, 13/01/06
- **Zeynab Mustapha**, juriste à la FIDA (*Federation of Women Lawyers*) de Mombasa, Mombasa, 23/05/07

4. Associations musulmanes, société civile, média

- **Abdullahi Abdi**, Président du *National Muslim Leaders Forum*, Nairobi, 13/09/06
- **Abdullatif Sheikh**, membre du *Supreme Council of Kenya Muslims* (SUPKEM) et Président du *Family Resource Centre* (FRC) à la mosquée Jamia, Nairobi, 14/10/05, 17/08/06
- **Adan Wachu**, Secrétaire Général du *Supreme Council of Kenya Muslims* (SUPKEM), Nairobi, 20/04/06
- **Al-Hajj Yussuf Murigu**, Vice-président du *Supreme Council of Kenya Muslims* (SUPKEM), ancien membre de l'Initiative *Ufungamano*, Nairobi, 05/12/06
- **Fatma Hyder**, Présidente d'une organisation de femmes musulmanes et anciennement membre de la *Muslim Task Force on Constitutional Review*, Nairobi, 22/09/06
- **Hassan Mweshee**, « *elder* » musulman et membre de la *Kisumu Muslim Association*, Kisumu, 23/03/06
- **Hassan Olenaado**, Directeur de affaires pour la jeunesse au *Supreme Council of Kenya Muslims* (Supkem), Nairobi, 12/07/06
- **Hussein Khalid**, Coordinateur des programmes au *Muslims for Human Rights* (MUHURI), Mombasa, 16/01/06, 13/12/06
- **Juma Ngao**, Président de la branche du *Supreme Council of Kenya Muslims* (SUPKEM) pour le district de Mombasa, Mombasa, 16/05/06, 13/12/06
- **Mohamed Hyder**, Président du *Muslim Civic Education Trust* (MCET), Mombasa, 16/01/06
- **Murtaza Somji**, Président de la *Khoja Shia Ithnesheri Jamaat* de Nairobi, *Jafferey Islamic Centre* (Lavington), Nairobi, 18/08/06
- **Musa Mwale**, Coordinateur au *Family Resource Centre* (FMR) de la mosquée Jamia et secrétaire général de la *Muslim Legal Resource Foundation*, Nairobi, 17/08/06, 11/09/06, 22/11/06

- **Nazlin Umar Rajput**, Présidente du *National Muslim Council of Kenya* (NMCK), Nairobi, 25/04/06
- **Rahma**, travailleuse volontaire au *Family Resource Centre* (FRC) de la mosquée Jamia, Nairobi, 24/08/06
- **Rehmat Ghassmi**, Coordinateur en éducation religieuse, *Tariqah Board*, Ismaélien, Nairobi, 12/07/06
- **Said Athman**, ancien membre d'*Ufungamano* et de la *Muslim Task Force on Constitutional Review*. Membre du *National Muslim Leaders' Forum*, 24/11/06
- **Sadiq Said Abeid**, businessman et Président de la *Kisumu Muslim Association*, Kisumu, 21/03/06
- **Salim Mohamed**, Directeur de la station de radio musulmane IQRA FM, Nairobi, 15/11/05
- **Selina Omar**, Directrice de l'*Aga Khan Council for Kenya* (mosquée Khoja de Nairobi), musulmane ismaélienne, Nairobi, 16/06/06
- **Sumaya Athman**, Juriste à la *National Oil Company* et volontaire auprès d'une association de femmes musulmanes, a également participé à la *Muslim Task Force on Constitutional Review*, Nairobi, 20/09/06
- **Willy Mutunga**, Directeur des programmes à la Fondation Ford, musulman converti, Nairobi, 08/12/05

5. Imams, Cheikhs

- **Jambeni Ali**, Iman de la mosquée Ziواني, quartier de Majengo, Mombasa, 03/07/06
- **Maalim Harith Swaleh**, docteur en médecine gréco-arabe et lettré musulman, Mombasa, 23/05/07
- **Sheikh Issa**, enseignant, musulman chiite (Ithnasheri), Nairobi, 12/07/06
- **Sheikh Mahmud Abdul Kadir**, lettré musulman et poète, Lamu, 08/03/07
- **Sheikh Mohamed Dor**, Secrétaire Général du *Council of Imams and Preachers of Kenya* (CIPK), Mombasa, 20/01/06
- **Sheikh Mohamed Swalihu**, Imam de la mosquée Jamia et officier de l'état civil pour l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans (*Assistant Registrar of Muslim Marriages and Divorces*) pour Nairobi, Nairobi, 11/09/06
- **Sheikh Said Ali**, Imam et travailleur volontaire au *Family Resource Centre* de la mosquée Jamia (Nairobi), Nairobi, 10/12/05
- **Sheikh Said Khamis**, Imam de la mosquée Jamia de Nakuru, Nakuru, 23/02/06
- **Sheikh Shabaan**, Imam de la mosquée Jamia de Kisumu, Kisumu, 28/03/06

6. Divers

- **A. A. Gandus**, enseignant à la *Qamariyyah Muslim School (madrassa)*, Malindi, 08/11/06
- **Abdulhalim Ali Omar**, officier de l'état civil pour l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans (*Assistant Registrar of Muslim Marriages and Divorces*) pour la région Athi River (Machakos), Nairobi, 21/06/06
- **Adam Ahmed Mohamed**, sans emploi, assiste les Somali qui se rendent au tribunal de *Kadhi* de Nairobi (leur indique où se situe le tribunal, traduit en swahili pour ceux qui ne parlent pas swahili et traduit du somali au swahili pour le *Kadhi*), Nairobi, 09/05/06
- **Ahmed Salim Said**, enseignant et « *Chief Examiner in History in the Republic* », Kisumu, 28/03/06
- **Ali Madadi**, Directeur du Centre Culturel Iranien, Nairobi, 12/07/06
- **Athman Akida**, businessman et éditeur d'un bulletin d'information local, Nyeri, 14/06/06
- « **Breik** », « *Mzee wa Mtaa* » (ancien), quartier de Majengo-Kingorani, Mombasa, 03/07/06

- **Kadara Swaleh**, étudiant originaire de Mombasa, prépare un mémoire de maîtrise sur les mosquées et le changement social à Malindi, Mombasa, 01/03/07
- **Mohammed Suleiman Munyu**, officier de l'état civil pour l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans (*Assistant Registrar of Muslim Marriages and Divorces*) à California (Nairobi), Nairobi, 28/06/06
- **Munir Mazrui**, enseignant, Mombasa, 11/01/06
- **Mwichande Kombo Omar**, *Chief* du quartier de Majengo, Mombasa, 05/07/06
- **Rayya Abdallah Issa**, Université de Nairobi, Département de linguistique, Nairobi, 13/10/05
- **Rosemin K. Bhanji**, Responsable du *Conciliation and Arbitration Board* pour la communauté ismaélienne de Nairobi, Nairobi, 13/07/06
- **Salim Surur Salim**, « *elder* » musulman et ancien businessman, Kisumu, 28/03/06
- **Shariff Hussein Abdulrahman**, lettré musulman et Président de la *Tahdhib Muslim Association*, Malindi, 06/11/06

7. Justiciables

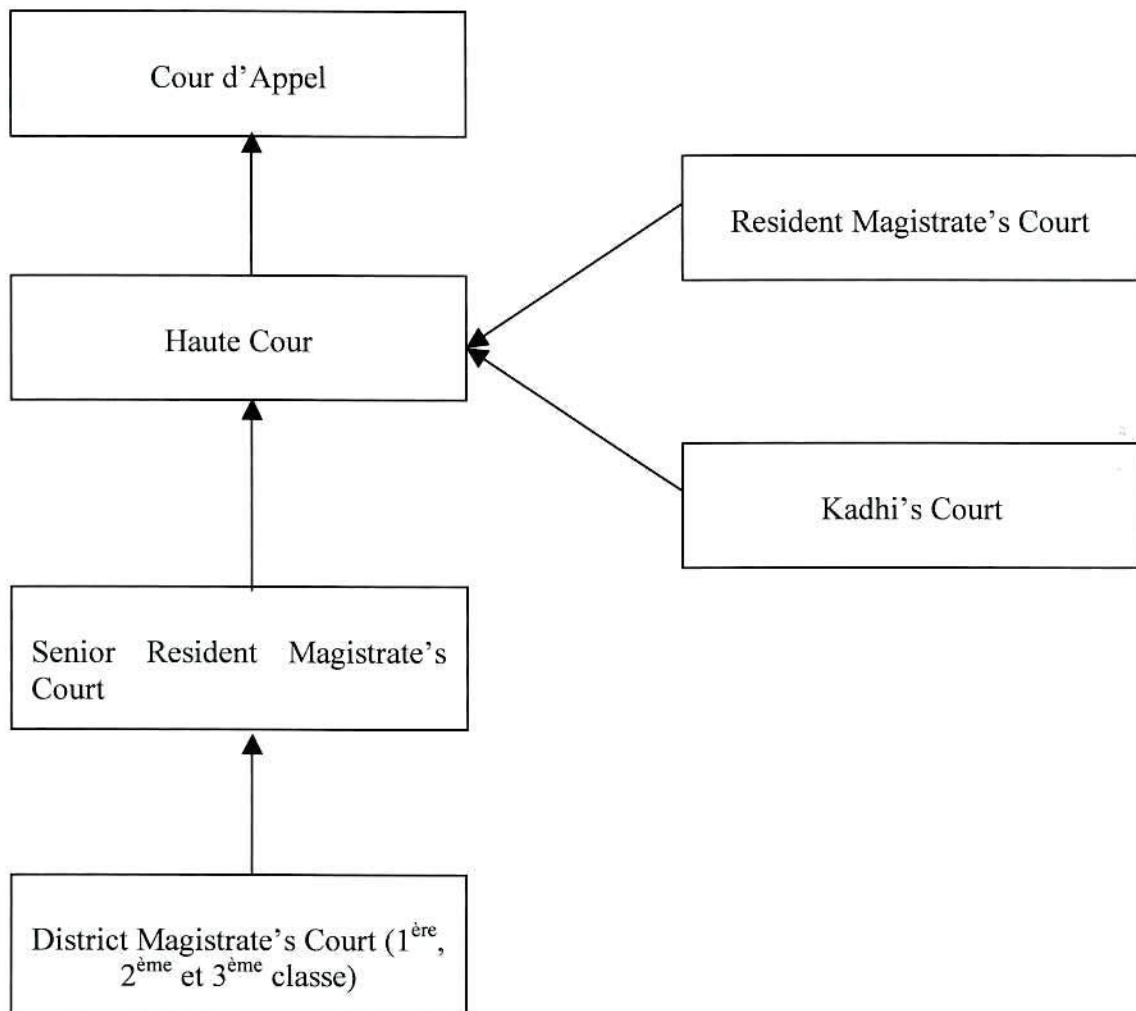
- **Abdi Abdullahi Jama**, commerçant (divorce, demandé par son épouse, *Divorce Case* 13/2005), Kisumu, 30/03/06
- **Abdullahi Ali Jattan**, environnementaliste (divorce, *Civil Case* 29/2006), Nairobi, 31/05/06
- **Abdulrahman Abdi** (divorce, demandé par son épouse, *Civil Case* 12/2006), Nairobi, 14/02/06
- **Abshira**, orthopédiste et étudiante (divorce), Nairobi, 16/02/06
- **Aisha (Lucy) Nyaruai Nduru**, fonctionnaire (divorce, *Civil Case* 28/2006), Nairobi, 31/05/06
- **Aisha Shaib Mabruk**, (dissolution du mariage, *Civil Case* 46/2007), Mombasa, 28/02/07
- **Aqbal Mohammed**, commerçant (entretien des enfants, venu au nom de sa sœur), Nairobi, 31/05/06
- **Fadia Saleh Mubarak Bafana**, sans emploi, (divorce et garde des enfants, *Civil Case* 128/2005), Nairobi, 16/02/06
- **Faiza Wanjiku Wambui**, sans-emploi (divorce, garde des enfants, entretien, *Civil Case* 60/2006), Nairobi, 22/06/06
- **Farheena Jin**, (dissolution du mariage, paiement de sa dot, entretien, *Civil Case* 56/2007), Mombasa, 26/02/07
- **Fariyal Isak**, employée dans le marketing (divorce et garde des enfants, *Civil Case* 129/2005), Nairobi, 15/02/06
- **Fauzia Abdosamad Mohamed Abdallah**, sans-emploi (dot, frais de maternité et autres coûts, *Civil Case* 15/2005), Nairobi, 19/06/06
- **Fuad**, businessman (demande de conseils pour une question d'héritage), Nairobi, 30/05/06
- **Hassan A. O. Owiti**, commerçant (divorce et garde des enfants, *Civil Suit* 132/2005), Nairobi, 09/05/06
- **Hawa Juma**, commerçante, et son beau-fils, **Shamun Ahmed**, gardien de sécurité (héritage), Nairobi, 14/02/06
- **Huzeila Awasi Salahaddin**, comptable (médiation avec son époux, *Civil Case* 32/2006), Nairobi, 15/03/06
- **Jawahir Abdullahi Hassan**, femme au foyer (dot et entretien, *Civil Case* 9/2006), Nairobi, 15/03/06
- **Maria Issack**, (conciliation), Nyeri, 13/06/06
- **Mariam Ebrahim Kasu**, businesswoman (héritage, *Civil Case* 13/2006), Nairobi, 14/02/06
- **Mohamed Ali**, (divorce, demandé par sa femme), Kisumu, 28/03/06

- **Natacha**, (divorce), Nairobi, 17/02/06
- **Nayla**, employée dans une entreprise (demande de conseils), Kisumu, 23/03/06
- **Nnashee Mohamed Helef**, sans emploi (*Civil Case* 27/2006), Lamu, 07/03/07
- **Salwa Wanjiku**, femme au foyer (conciliation, affaire portée par son mari, *Civil Case* 62/2006), Nairobi, 30/05/06
- **Yasmine**, femme au foyer (divorce), Nakuru, 21/02/06

8. Leaders chrétiens ou hindous

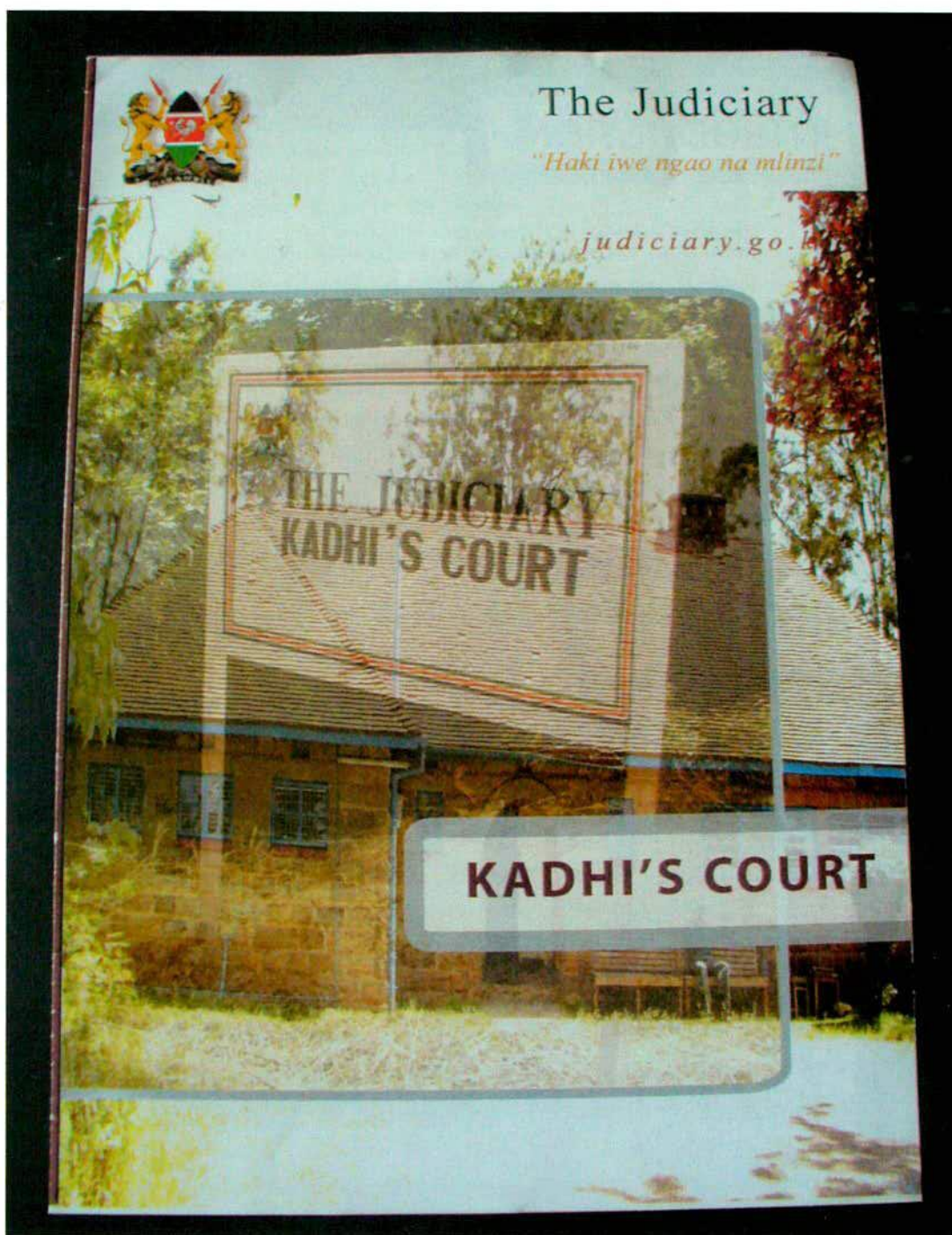
- **James Mageria**, Coordinateur et secrétaire de l'Initiative *Ufungamano*. Membre de la *Presbyterian Church of East Africa*, Nairobi, 27/11/06
- **Jesse Kamau**, Pasteur de l'Église presbytérienne et ancien Président de la *Kenya Church*, Nairobi, 05/07/07
- **Judy W. Madahana**, avocate, engagée dans une affaire portée devant la Haute Cour de Nairobi contre les tribunaux de *Kadhi* (890/2004), Nairobi, 24/04/06
- **Kinyanjui Kamau**, membre du *National Council of Churches of Kenya* (NCCK), Nairobi, 02/06/06
- **Major Patrick M. Musibi**, coordinateur de recherche, stratégie et formation de la « *Task Force* » de la *Kenya Church* sur la Réforme Constitutionnelle, Nairobi, 27/04/06
- **Pastor David Oginde**, pasteur de l'Église pentecôtiste du Kenya et membre de la *Kenya Church*, Nairobi, 02/05/06
- **Rashmin P. Chitnis**, Président de l'*Hindu Council of Kenya*, Nairobi, 07/06/07
- **Sashikant Raval**, membre fondateur et ancien Président de l'*Hindu Council*, Nairobi, 18/12/06
- **Timothy Njoya**, révérend de l'Église presbytérienne, membre du *National Council of Churches of Kenya* (NCCK), Nairobi, 07/06/06

Annexe 5. L'organisation de la justice au Kenya



D'après : JACKSON, T. *The Law of Kenya. An Introduction*, Nairobi, Dar es Salaam et Kampala : East African Literature Bureau, 1970, pp. 19-30.

Annexe 6. Brochure d'information sur les tribunaux de Kadhi



INTRODUCTION

- Kadhi is an Arabic term that refers to a judge. In Kenya it specifically means a Muslim magistrate who has the power of adjudicating on matters according to Islamic law otherwise referred to as Sharia law.
- The Kadhis' Court has been in operation ever since before our country's independence, although with limited jurisdiction. However it has been operating under Kenya's present Constitution dispensation since 1963.

HIERARCHY

- The structure of the Kadhis' Courts includes:
 1. The Chief Kadhi
 2. Deputy Chief Kadhi
 3. Principal Kadhi
 4. Senior Kadhi
 5. Kadhi 1
 6. and Kadhi 2
- They are all appointed by the Judicial Service Commission.

JURISDICTION

- The Kadhis' Court has jurisdiction regarding the determination of questions of Muslim Law relating to personal status, marriage, divorce or inheritance in proceedings in which all parties are Muslims.
- There are about 17 Kadhis nationwide serving in different parts of the country.
- These courts are located in various parts of the country including:
 - Kwale, Kilifi, Mombasa and Lamu districts;
 - Nyanza and Western provinces;
 - several districts in Rift Valley province: Wajir and Mandera districts;
 - Nairobi, Central and Eastern Provinces;
 - Garissa and Tana River districts;
 - and Marsabit and Isiolo districts.

HOW THE COURT WORKS

- The rules of procedure applied in the Kadhis' Court are similar to those in ordinary courts. As such, the Civil Procedure Act chapter 21 of Kenya also applies to the functioning of the Kadhis' court.
- The Kadhis' Court in Nairobi is located in Upper hill.
- Inquiries by prospective applicants may be made at the Registry.
- There is also a court clerk who may offer assistance as to the proper documentation and payments necessary to be made before an application is made.
- The litigant is permitted to bring his application himself or may appoint a representative (advocate) to do so on his behalf. An advocate of the High Court is allowed to represent an applicant in the Kadhis' court.

Annexe 7. Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni, Son Altesse le Sultan de Zanzibar, le Gouvernement du Kenya et le Gouvernement de Zanzibar

1. Agreement between the Government of the United Kingdom, His Highness the Sultan of Zanzibar, the Government of Kenya and the Government of Zanzibar
2. Letter from the Prime Minister of Kenya to the Prime Minister of Zanzibar
3. Letter from the Prime Minister of Zanzibar to the Prime Minister of Kenya

1. Agreement between the Government of the United Kingdom, His Highness the Sultan of Zanzibar, the Government of Kenya and the Government of Zanzibar

AN AGREEMENT made this 8th day of October 1963 between the Right Honourable Duncan Sandys, M.P., one of Her Majesty's Principal Secretary of State, on behalf of Her Majesty Queen Elizabeth II, His Highness Seyyid Jamshid bin Abdulla bin Khalifa Sultan of Zanzibar, Jomo Kenyatta Prime Minister of Kenya on behalf of the Government of Kenya and Mohammed Shamte Prime Minister of Zanzibar on behalf of the Government of Zanzibar :

Whereas by an Agreement made on behalf of Her Majesty Queen Victoria on 14th June 1890 with His Highness Sultan Seyyid Hamed bin Thwain it was agreed that His Highness's possessions on the mainland of Africa and the adjacent islands, exclusive of Zanzibar and Pemba, should be administered by officers appointed direct by Her Majesty's Government and those territories are at present being administered accordingly as part of Kenya under the name of the Kenya Protectorate :

And whereas by an Exchange of Letters concluded in London on 5th October 1963 between the Prime Minister of Zanzibar and the Prime Minister of Kenya the Government of Kenya entered into certain undertakings concerning the protection, after Kenya has attained independence, of the interests of His Highness's present subjects in the Kenya Protectorate and their descendants :

NOW THEREFORE it is hereby agreed and declared that on the date when Kenya becomes independent-

- (1) the territories comprised in the Kenya Protectorate shall cease to form part of His Highness's dominions and shall thereupon form part of Kenya ;
- (2) the Agreement of 14th June 1890 in so far as it applies to those territories and the Agreement of 14th December 1895 shall cease to have effect.

Signed

DUNCAN SANDYS
SEYYID JAMSHID BIN ABDULLA
JOMO KENYATTA
M. SHAMTE

Malborough House,
London.
8th October 1963.

2. Letter from the Prime Minister of Kenya to the Prime Minister of Zanzibar

London,
5th October, 1963

My Dear Prime Minister,

I have the honour to refer to discussions held between our respective Governments on the subject of the future of the Kenya Protectorate (the Coastal Strip) and to place on record the following undertakings by the Government of Kenya in relation thereto : -

- (1) The free exercise of any creed or religion will at all times be safeguarded and, in particular, His Highness's present subjects who are of the Muslim faith and their descendants will at all times be ensured of complete freedom of worship and the preservation of their own religious buildings and institutions.
- (2) The jurisdiction of the Chief Kadhi and of all the other Kadhis will at all times be preserved and will extend to the determination of questions of Muslim law relating to personal status (for example, marriage, divorce and inheritance) in proceedings in which all parties profess the Muslim religion.
- (3) Administrative Officers in predominantly Muslim areas should, so far as is reasonably practicable, themselves be Muslims.
- (4) In view of the importance of the teaching of Arabic to the maintenance of the Muslim religion, Muslim children will, so far as is reasonably practicable, be taught Arabic and, for this purpose, the present grant-in-aid to Muslim primary schools now established in the Coast Region will be maintained.
- (5) The freehold titles to land in the Coast Region that are already registered will at all times be recognized, steps will be taken to ensure the continuation of the procedure for the registration of new freehold titles and the rights of freeholders will at all times be preserved save in so far as it may be necessary to acquire freehold land for public purposes, in which event full and prompt compensation will be paid.

I have the honour to propose that this letter and your reply in confirmation thereof shall constitute an agreement between our two Governments.

Yours sincerely,

JOMO KENYATTA.

3. Letter from the Prime Minister of Zanzibar to the Prime Minister of Kenya

London,
5th October, 1963

My dear Prime Minister,

I have the honour to refer to your letter of today's date on the subject of the future of the Kenya Protectorate (the Coastal Strip) in which you placed on record the following undertakings by the Government of Kenya in relation thereto :-

- (1) The free exercise of any creed or religion will at all times be safeguarded and, in particular, His Highness's present subjects who are of the Muslim faith and their descendants will at all times be ensured of complete freedom of worship and the preservation of their own religious buildings and institutions.
- (2) The jurisdiction of the Chief Kadhi and of all the other Kadhis will at all times be preserved and will extend to the determination of questions of Muslim law relating to personal status (for example, marriage, divorce and inheritance) in proceedings in which all parties profess the Muslim religion.
- (3) Administrative Officers in predominantly Muslim areas should, so far as is reasonably practicable, themselves be Muslims.
- (4) In view of the importance of the teaching of Arabic to the maintenance of the Muslim religion, Muslim children will, so far as is reasonably practicable, be taught Arabic and, for this purpose, the present grant-in-aid to Muslim primary schools now established in the Coast Region will be maintained.
- (5) The freehold titles to land in the Coast Region that are already registered will at all times be recognized, steps will be taken to ensure the continuation of the procedure for the registration of new freehold titles and the rights of freeholders will at all times be preserved save in so far as it may be necessary to acquire freehold land for public purposes, in which event full and prompt compensation will be paid.

I have the honour to confirm the contents of your letter and to accept your proposal that your letter and this reply shall constitute an agreement between our two Governments.

Yours sincerely,

M. SHAMTE

Annexe 8. Articles constitutionnels relatifs aux tribunaux de Kadhi

1. Article 66 de la Constitution du Kenya, adoptée en 1963.
2. Proposition d'articles sur les tribunaux de Kadhi (projet de Constitution adopté par la CKRC en septembre 2002)
3. Proposition d'articles sur les tribunaux de Kadhi (Bomas Draft, 2004)
4. Proposition d'article sur les tribunaux religieux dans le projet de Constitution Wako (22 août 2005)

1. Article 66 de la Constitution du Kenya, adoptée en 1963.

Kadhis' Courts.

1. There shall be a Chief Kadhi and such number, not being less than three, of other Kadhis as may be pro- scribed by or under an Act of Parliament.
2. A person shall not be qualified to be appointed to hold or act in the office of Kadhi unless-
 - a. he professes the Muslim religion; and
 - b. he possesses such knowledge of the Muslim law applicable to any sect or sects of Muslims as qualifies him, in the opinion of the Judicial Service Commission, to hold a Kadhi's court.
3. Without prejudice to section 65 (1), there shall be such subordinate courts held by Kadhis as Parliament may establish and each Kadhi's court shall, subject to this Constitution, have such jurisdiction and powers as may be conferred on it by any law.
4. The Chief Kadhi and the other Kadhis, or the Chief Kadhi and such of the other Kadhis (not being less than three in number) as may be prescribed by or under an Act of Parliament, shall each be empowered to hold a Kadhi's court having jurisdiction within the former Protectorate or within such part of the former Protectorate as may be so prescribed: Provided that no part of the former Protectorate shall be outside the jurisdiction of some Kadhi's court.
5. The jurisdiction of a Kadhi's court shall extend to the determination of questions of Muslim law relating to personal status, marriage, divorce or inheritance in proceedings in which all the parties profess the Muslim religion.

2. Proposition d'articles sur les tribunaux de Kadhi (projet de Constitution adopté par la CKRC en septembre 2002)

The Kadhis' courts

199.

- (1) There are established Kadhis' Courts, the office of Chief Kadhi, office of Senior Kadhi and the office of Kadhi.
- (2) There shall be a number, being not less than thirty, of other Kadhis as may be prescribed by the Act of Parliament.
- (3) A Kadhi is empowered to hold a Kadhis' court called a District Kadhis' Court, having jurisdiction within a district or districts as may be prescribed by, or under, an Act of Parliament.

Jurisdiction of Kadhis' courts

200.

- (1) The Jurisdiction of a Kadhis' court extends to
 - (a) the determination of questions of Muslim Law relating to personal status, marriage, divorce, including matters arising after divorce, and inheritance and succession in proceedings in which all the parties profess Islam;
 - (b) the determination of civil and commercial disputes between parties who are Muslims, in the manner of a small claims court as by law established, but without prejudice to the rights of parties to go to other courts or tribunals with similar jurisdiction;
 - (c) the settlement of disputes over or arising out of the administration of wakf properties.
- (2) Subject to the Constitution, an appeal lies, as of right, from a judgment, decree or order of the Districts Kadhis' Court to the Provincial Kadhis' Court, presided over by a Senior Kadhi, in any matter or cause determined by the lower court.
- (3) An appeal lies, as of right, from a judgment, decree or order of the Provincial Kadhis' Court to the Kadhis' Court of Appeal, presided over by the Chief Kadhi and two senior Kadhis.
- (4) An appeal from the Kadhis' Court of Appeal lies to the Supreme Court only on a point of Islamic Law or on an issue affecting the interpretation of the Constitution or any other constitutional issue.
- (5) For the purposes of hearing and determining an appeal within its jurisdiction, the Provincial Kadhis' Court and the Kadhis' Court of Appeal have all the powers, authority and jurisdiction in the court from which the appeal is brought.
- (6) The Chief Kadhi shall, in consultation with the Chief Justice and the Law Society of Kenya, make rules of Court for the practice and procedure to be followed by the Kadhis' Courts.

Appointment of Kadhis

201.

- (1) Kadhis shall be appointed by the Judicial Service Commission.
- (2) In the appointment of the Kadhis, the Judicial Service Commission shall take into account the qualifications of the Kadhi in Muslim personal law applicable to the different sects of Islam.

(3) The Chief Kadhi shall have the same status, privileges and immunities as a High Court judge, the senior Kadhi as a Chief Magistrate and the District Kadhi as a District Magistrate in a magistrate court.

(4) The Chief Kadhi and the other Kadhis shall be full-time judicial officers.

Qualifications for appointment of Kadhis

202.

(1) A person is qualified to be appointed as a Chief Kadhi is that person

(a) is a Muslim of not less than thirty-years of age;

(b) is an advocate of the High Court of Kenya of at least ten years experience as a legal practitioner and has attended, and obtained a recognized qualification in Muslim personal law, applicable to any sect or sects of Islam, from a recognized University; and

(c) has obtained a degree in Islamic law from a recognized University, and has not less than ten years experience in the practice of Islamic Law, or has held the office of a Kadhi for a similar period.

(2) The qualification for appointment s a Kadhi or Senior Kadhi is the same as the qualification for the appointment of the Chief Kadhi except that the requisite number of years of experience shall be five years.

L'article 204 mentionne également que la composition de la Judicial Service Commission devrait comprendre, entre autres, "a Muslim woman to represent the Muslim community, nominated by the National Muslim Organization" (204-b) et "the Chief Kadhi" (204-g).

3. Proposition d'articles sur les tribunaux de Kadhi (Bomas Draft, 2004)

Kadhis' Court

198.

(1) There is established the Kadhis' Court.

(2) The Kadhis' Court shall –

(a) consist of the Chief Kadhi and such number of other kadhis, all of whom profess the Islamic faith; and

(b) be organized and administered, as may be prescribed by an Act of Parliament.

Jurisdiction of the Kadhis' Court

199. The Kadhis' Court shall be a subordinate court with jurisdiction to determine questions of Islamic law relating to personal status, marriage, divorce and matters consequential to divorce, inheritance and succession in proceedings in which all the parties profess the Islamic faith.

4. Proposition d'article sur les tribunaux religieux dans le projet de Constitution Wako (22 août 2005)

Religious courts

195.

(1) There are established Christian courts, Kadhi's courts and Hindu courts.

(2) Parliament may, by legislation, establish other religious courts.

(3) Christian courts, Kadhi's courts, Hindu courts and other religious courts shall respectively

(a) consist of Chief presiding officers, Chief Kadhi and such number of other presiding officers or Kadhis, all of whom profess the respective religious faith; and

(b) be organized and administered, as may be prescribed by the respective Act of Parliament.

(4) Christian courts, Kadhi's courts, Hindu courts and other religious courts shall have jurisdiction to determine questions of their religious laws relating to personal status, marriage, divorce and matters consequential to divorce, inheritance and succession in proceedings in which all the parties profess the respective faith, as may be prescribed by an Act of Parliament.

Annexe 9. The Kadhis' Courts Act

Chapter 11, Laws of Kenya

Commencement : 1st August, 1967

An Act of Parliament to prescribe certain matters relating to Kadhis' courts under the Constitution, to make further provision concerning Kadhis' courts, and for purposes connected therewith and incidental thereto.

(1) This Act may be cited as the Kadhis' Courts Act.

(2) In this Act, « Kadhi » means a person appointed to or to act in the office of the Chief Kadhi or the office of Kadhi referred to in section 66 of the Constitution.

(3) For the purposes of section 66 (1) of the Constitution, there shall be such number of Kadhis, in addition to the Chief Kadhi, as may be prescribed by the President by order, being in any case not less than three.

(4) 1. In pursuance of section 66 (3) of the Constitution there are established eight Kadhis' courts.

2. The Kadhis' courts shall have jurisdiction as follows-

- (a) three courts shall each have jurisdiction within Kwale District, Mombasa District, Kilifi District and Lamu District ;
- (b) one court shall have jurisdiction within-
 - (i) Nyanza Province ;
 - (ii) Western Province ; and
 - (iii) The following districts of Rift Valley Province-
 - West Pokot District
 - Trans Nzoia District
 - Elgeyo-Marakwet District
 - Baringo District
 - Laikipia District
 - Nandi District
 - Uasin Gishu District
 - Kericho District
 - Nakuru District
- (c) one court shall have jurisdiction within Wajir District and Mandera District ;
- (d) one court shall have jurisdiction within the Nairobi Area and the Central and Eastern Provinces except Marsabit District and Isiolo District ;
- (e) one court shall have jurisdiction in Garissa District and Tana River District ;
- (f) one court shall have jurisdiction in Marsabit District and Isiolo District.

3. Each of the Kadhis' courts shall be a court subordinate to the High Court and shall be duly constituted when held by the Chief Kadhi or a Kadhi.

4. A Kadhi's court may be held at any place within the area of jurisdiction of the court.

(5) A Kadhi's court shall have and exercise the following jurisdiction, namely the determination of questions of Muslim law relating to personal status, marriage, divorce or inheritance in proceedings in which all the parties profess the Muslim religion ; but nothing in

this section shall limit the jurisdiction of the High Court or of any subordinate court in any proceeding which comes before it.

(6) The law and rules of evidence to be applied in a Kadhi's court shall be those applicable under Muslim law :

Provided that-

- (i) all witnesses called shall be heard without discrimination on grounds of religion, sex or otherwise ;
- (ii) each issue of fact shall be decided upon an assessment of the credibility of all the evidence before the court and not upon the number of witnesses who have given evidence ;
- (iii) no finding, decree or order of the court shall be reversed or altered on appeal or revision on account of the application of the law or rules of evidence applicable in the High Court, unless such application has in fact occasioned a failure of justice.

(7) Every Kadhi's court shall keep such records of proceedings and submit such returns of proceedings to the High Court as the Chief Justice may from time to time direct.

(8) 1. The Chief Justice may make rules of court providing for the procedure and practice to be followed in Kadhis' courts.

2. Until rules of court are made under subsection (1), and so far as such rules do not extend, procedure and practice in a Kadhi's court shall be in accordance with those prescribed for subordinate courts by and under the Civil Procedure Act.

SUBSIDIARY LEGISLATION

Order under section 3

The Kadhis' Courts Order

- 1. This order may be cited as the Kadhis' Courts Order.
- 2. For the purposes of section 66(1) of the Constitution there shall be, in addition to the Chief Kadhi, eight Kadhis.

Annexe 10. Extrait du *Law of Succession Act* (Article 2)

- (1) Except as otherwise expressly provided in this Act or any other written law, the provisions of this Act shall constitute the law of Kenya in respect of, and shall have universal application to, all cases of intestate or testamentary succession to the estates of deceased persons dying after, the commencement of this Act and to the administration of estates of those persons.
- (2) The estates of persons dying before the commencement of this Act subject to the written laws and customs applying at the date of death but nevertheless the administration of their estates shall commence or proceed so far as is possible in accordance with this Act.
- (3) Subject to subsection (4), the provision of this Act shall not apply to testamentary or intestate succession to the estate of any person who at the time of this death is a Muslim to the intent that in lieu of such provisions the devolution of the estate of any such person shall be governed by Muslim law.
- (4) Notwithstanding the provisions of subsection (3), the provisions of Part VII relating to the administration of estates shall where they are not inconsistent with those of Muslim law apply in case of every Muslim dying before, on or after the 1st January, 1991.

Annexe 11. Articles publiés dans la presse quotidienne

1. *Daily Nation*, 30 avril 2002 : « Muslims want more clout for Chief Kadhi »
2. *Daily Nation*, 23 octobre 2002, p. 15 : lettre d'information des Églises Évangélistes sur les tribunaux de Kadhi
3. *Daily Nation*, 24 octobre 2002, p. 24 : lettre d'information de *Jesus is Alive Ministry* sur la Constitution
4. *Daily Nation*, 16 avril 2003 : « Kadhi's court clause not negociable, say Muslims »
5. *Daily Nation*, 24 avril 2003, « Here are the fact on Kadhis' Courts »
6. *Sunday Nation*, 4 avril 2004 : lettre d'information de la *Kenya Church* sur sa position au sujet des tribunaux de Kadhi
7. *The Standard*, 7 juin 2005 : « Muslims defend Kadhis courts in Bomas Draft »
8. *Daily Nation*, 1^{er} septembre 2005, p. 5 : « Kadhis' courts provision is harmless »
9. *Saturday Nation*, 3 septembre 2005, p. 14 : lettre d'information du *National Muslim Council of Kenya* sur les débats constitutionnels
10. *Sunday Nation*, 17 décembre 2006, p. 9 : « Married, divorced in 2 days »
11. *The Standard*, 5 juillet 2007, p. 11 : « Muslims demand for Kadhi in Wajir »
12. *Daily Nation*, 12 octobre 2007, p. 10 : dessin humoristique
13. *The Standard*, 24 octobre 2007, p. 3 : « The scramble for the Muslim vote »
14. *Daily Nation*, 12 novembre 2007, p. 19 : lettre du National Muslim Leaders Forum au sujet des élections présidentielles
15. *Daily Nation*, 28 novembre 2007, p. 29 : Memorandum of Understanding entre Raila Odinga et le Namlef

Muslims want more clout for Chief Kadhi

By NGUMBAO KITHI

Muslims have demanded the expansion of the Chief Kadhi's Court to handle cases other than those concerning marriage and divorce.

The court should handle all cases involving the faith, the Constitution of Kenya Review Commission (CKRC) was told yesterday.

Muslim leaders suggested that the court be upgraded to be at par with the High Court and the Court of Appeal to ensure that its decisions were not overruled elsewhere.

Giving their views to the commission in Mombasa, Mr Hassan Hussein, Sheikh Mohammed Khalifa and Mr Sambuli Nassir said the Chief Kadhi and all other kadhis should be elected by a panel of Islamic scholars and not appointed by the government.

They said the Kadhi's powers were limited and had failed to serve Muslims adequately.

They told the commission, sitting at the Chandaria Hall in Mvita constituency, that the Chief Kadhi should have powers to take over cases involving Muslims being handled by other courts.

Mr Hussein suggested that if the president was a Christian, his deputy

should be a Muslim to ensure equitable representation. He told commissioners Salome Muigai, Paul Wambua and Zablon Ayonga that elders, chiefs and district officers and commissioners should be elected by local people.

Sheikh Khalifa said the president's powers should be trimmed and the holder of the office prosecuted if found to have abused office.

He said Coast people of mixed blood were denied the right to registration by being asked to produce identification documents of their great grandparents.

"How can the country have Kiswahili as the national language and refuse to recognise that there are people called Waswahili?" he asked.

Sheikh Khalifa, the chairman of the unregistered Islamic Party of Kenya, suggested that the country adopt a federal system of government with a ceremonial president and a prime minister.

Mr Nassir warned that Muslims would not recognise a constitution that went against the tenets of the faith.

He said the government had refused to honour agreements it made with the Sultan of Zanzibar in the early '60s which said that people living along the Coastal strip were to be entitled to land and respect to their religion.

Advertiser's Announcement

Position of the Evangelical Churches On the Advancement of Shariah Law in Kenya

The Evangelical Fellowship of Kenya (EFK) and all its member churches throughout the country would like to alert all Kenyans, and particularly the delegates to the upcoming Constitutional conference of the following:

- Article 10 (3) of the Draft Constitution says, "The state shall treat all religions equally". Yet it contradicts itself by providing special constitutional privileges to one religious group; Islam. While we recognize that the Kadhi courts have been in existence for many years, they are now being entrenched in the proposed constitution which devotes a full chapter to the promotion of Islamic (Shariah) law. If this draft constitution is enacted in its current form, Kenya will from now on have two parallel judicial systems, one for Muslims and one for everyone else: *Islamic (Shariah) Law and Common Law*. The Chief Kadhi, a religious leader, will be elevated to having the same status, privileges and immunities as the High Court Judge; and Islam is proposed to be the *only* religion represented in the Judicial Service Commission.
- The implication of this is that **Kenyans of all faiths will be taxed to sustain this enhanced Islamic court system**. In other words, Kenyan taxpayers will be compelled to pay for the beliefs, structures and personnel of one particular religion. Do we really want to do this?
- One of the arguments put forward by the Ghai Commission for these drastic changes is that people of Islamic faith have been so discriminated against. Consequently, they argue, Islam should be legislated in the proposed Constitution. As a religious body, we find this allegation unfounded. If it is true that one religious group in Kenya is being persecuted despite the protections we all have under our current constitution, then this should be of grave concern to all Kenyans, and it should be an issue of public debate.
- But even if we, the Christians, were to allege that we are persecuted, it would be a grave mistake for the state to respond by granting us special constitutional privileges and by extension, special powers above other religions.
- We speak for the majority of Kenyans in asking for a Constitution that recognizes all religions as equal under the law. Kenya is a secular state with multi-religious, multi-ethnic traditions, each with its own legal/social system of settling disputes. Religion in Kenya has always been a matter of personal choice, belief and affiliation. Above all, the Constitution is the bedrock of all our laws. **IT MUST OF NECESSITY BE NEUTRAL ON RELIGION!**

The Evangelical Fellowship of Kenya
P. O. Box 85301, Nairobi
Email: efk@kenya.net

Constitution and Religion

A Wake-up Call to All Kenyans

Have You Read the Constitution?

It is a sad fact that, despite all the noise about the Draft Constitution, most Kenyans have not read this important document. People everywhere are discussing, defending, praising, arguing and criticising the constitution, and yet most have not taken the time to find out what is actually written in it.

It is very possible that you, like most people in Kenya, have been led to believe that the new constitution is only concerned with presidential politics, and that it must be approved as quickly as possible. Any person who raises his or her voice in protest to this haste is seen as an enemy of progress.

We urge Kenyans to read this document thoroughly for themselves and prayerfully consider its implications for themselves, their families, their personal liberty, for the unity of the republic of Kenya and their own religious freedom. We must do this with a sober mind and not within a politically charged environment. This document is too important to be rushed.

Having studied this document ourselves, we are concerned about the many contradictions, ambiguities and loopholes that could have far reaching implications for Kenya's future. As a church, we are particularly concerned about the contradictions related to the subject of religion in the Constitution.

Does the Draft Constitution specifically provide for freedom of religion?

The answer to this question is both "yes" and "no".

Article 44 (1) states that every person has the right to "freedom of conscience, religion, thought, belief and opinion". So far so good. Article 10 (3) takes this a step further and says "The state shall treat all religions equally". Theoretically, this means that the Hindus, Muslims, Christians and all the many religious sects and traditional religions that exist in our country have equal rights and protection under the constitution.

But did you know

- that the draft constitution devotes four major sections to the promotion of Shariah law?
- The words "Muslim", Islam and Kadhi appear over 60 times in the draft document; the words "Christian", "Buddhist", "Jew", "Sikh" and all other African traditional religions are not mentioned at all.

Are you aware :

- that Kenya will have two parallel court systems, one for Muslims and one for everyone else?
- that all tax payers, even non-Muslims, will be compelled to support and pay for this expanded system whose structure beliefs and personnel will only serve the interests of Muslims?
- that Section 31(4) places limitations on the application of the Bill of Rights to people of the Islamic faith.
- That the Judicial Service Commission will have 2 positions reserved for: (1) a Muslim woman to represent the Muslim community, and (2) the Chief Kadhi.

Our question is: Why is the constitution not giving the same privileges to the Hindu community? Or the Christians? Or the Sikhs? Or the Jews? Or the many African traditional religions?

Isn't this entrenching religious discrimination in our Constitution?

This could be the biggest mistake we will ever make!!!!

The Constitution is the bedrock on which our very society is built. For this reason, it should NEVER be used as a tool for political or sectoral expediency.

Which countries do you know in Africa that have enshrined Shariah law in their constitution?
What Should You Do?

If you care about the future and unity of this country, then stand up and be counted.

- Get a copy of the draft constitution and read it. Don't just rely on what others tell you.
- Sound the alarms in your community, your church, your school and everywhere you have the opportunity;
- Talk to your member of Parliament and any other conference delegates that you know;
- Demand that, Article 5(1)d, Articles 199 - 202, Article 31(4) and any other related provisions be removed from the Draft Constitution.

And remember: You may not get an opportunity in your lifetime to revisit this issue again!!! Speak out now or forever hold your peace!

For more information, contact:

Jesus is Alive Ministry (JIAM)

P. O. 38670 NAIROBI

Fax. 253256; E-mail jiam@msf.or.ke or efk@wananchi.com

Kadhi's court clause not negotiable, say Muslims

By NATION Reporter

Muslim leaders yesterday insisted that the Kadhi's court must be protected in the constitution as the draft law proposes.

They met the chairman of the parliamentary committee on constitutional review, Mr Paul Muite, and expressed strong views on the matter.

They opposed any move to remove the clause providing for the protection of the court, Mr Muite told journalists.

"The Muslim leaders wanted me to communicate to the select committee that the issue of the Kadhi's court is not negotiable," Mr Muite said.

He said religious matters were sensitive. "I foresee conflict if sensitivity is not respected. That could derail, perhaps affect, the smooth operations at the constitutional conference."

Mr Muite said he would forward the matter to the committee which would debate it and make a decision.

He was briefing journalists at County Hall, Nairobi, after the meeting with the Muslim leaders over the National Constitutional

Conference, which begins on April 28 at the Bomas of Kenya.

The Muslim leaders who met Mr Muite included Supreme Council of Muslims of Kenya chairman A. El Busaidy, Mohammad Farouq Adan of Nairobi's Jamia Mosque and Sudi Abdallah of Langata Mosque.

The draft constitution proposes the establishment of Kadhi's courts and offices of the Chief Kadhi, Senior Kadhi and Kadhi.

It also proposes that a Kadhi's court, called a District Kadhi's Court, should have jurisdiction within a district or districts.

But other religious groups have expressed reservation over the proposal, pointing out that the move placed Islam above other religions.

Meanwhile, delegates to the law conference from Eastern Province want the rights of unborn babies protected.

Catholic priest James Gatiti said the new constitution should state that life starts at conception and make abortion a crime. The delegates were speaking at Embu at a meeting to brief them on the conference.

IT'S NOT SHARIA □ AHMED ISSACK HASSAN

Here are the facts on Kadhis' Courts

Kadhis Courts existed in the Eastern African coast long before colonialism. In Kenya, they existed at the Coast, then under the Sultan of Zanzibar.

In 1895, the Sultan gave the British power to administer the 10-mile Coastal Strip subject to their respecting the existing Kadhis Courts among other conditions.

During the last years of the independence struggle and at the start of the Lancaster House constitutional talks in 1961, the status and fate of the Coastal Strip came up for determination. The British organised separate talks for the delegates from the protectorate of the Coast and those from the Kenya Colony.

The British Government and Sultan of Zanzibar also appointed a Commissioner, Mr James R. Robertson, to study the issue of the Coastal Strip, consult all those concerned and report to them.

In his report, he recommended that the Strip be joined with Kenya subject to the Kenya Government guaranteeing the existence of Kadhis Courts among other conditions.

Kadhis Courts Act

Prime Minister Jomo Kenyatta and the Prime Minister of Zanzibar, Mr Shante, on behalf of the Sultan of Zanzibar, then signed an agreement in October, 1963, whereby the Sultan of Zanzibar relinquished his claim of sovereignty over the Coast to Kenya in return for Mzee Kenyatta guaranteeing the continued existence of the Kadhis Courts among other undertakings.

When the independence constitution was written, the Kadhis Courts were enshrined under the chapter on the Judiciary.

At Independence, the Kenya Government expressed its desire not to be bound automatically by all the pre-independence treaties entered into by the colonial Government.

Nevertheless, the Independence Constitution of 1963 enshrined the Kadhis Courts under Chapter 5 in the Judiciary, and thereafter Parliament passed the Kadhis Courts Act, the Mohammedan Marriage and Divorce Registration Act and the Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Act, to make these courts fully operational.

At independence, there were three Kadhis Courts. In 1967, the Kadhis Courts Act was passed which increased the number to six. Today, there are more than a dozen spread all over the country.

The Kadhis Courts were entrenched in the Constitution as a safeguard to the integrity of the agreement. Had the courts been established under Ordinary Law by an Act of Parliament alone, any decision to abolish them would have required a simple majority in Parliament.

■ Those opposing Kadhis' Courts are politicising the issue and creating unnecessary tension between Muslims and their Kenyan brothers and sisters.



Under the present Standing Orders of Parliament which sets the quorum at 30, it means that only 16 MPs could do so. In contrast, to abolish the courts as enshrined in the Constitution would require a two-thirds majority.

As a minority, therefore, Kenyans find great solace in the entrenchment of the Kadhis Courts in the Constitution.

Section 66 of the Constitution provides for the Chief Kadhi and Kadhis Courts and states their powers as being to decide on issues of Muslim personal law — marriage, divorce and inheritance.

The Constitution of Kenya Review Commission's mandate is to collect, collate and analyse the views of Kenyans on changes to be made to the Constitution and to recommend amendments or other changes thereto which faithfully reflects the views and wishes of Kenyans.

The Commission was to study the Judiciary, among other institutions, and seek people's views on how it could be improved. The Kadhis Courts are part of the Judiciary. During the public hearings, many people, organisations and experts advocated their retention, with some modifications.

Minimum academic qualification

Muslims generally asked for the enhancement of the role and status of the courts while in some cases like in North Eastern Province, they asked for the full application of Sharia Law.

A group of human rights and legal organisations also prepared a model constitution in which they recommended the retention of the Kadhis Courts, and for the Chief Kadhi to have minimum academic qualification and to enjoy the same status and privileges as a High Court judge.

In recommending improvements to the Kadhis Courts, the Commission was faithfully reflecting an analysis of the views it received. It is therefore wrong to suggest the CKRC is favouring Muslims or creating a parallel court structure or introducing Sharia Law through the back door.

Kadhis Courts do not exist in Kenya alone. Several countries in Africa and the Commonwealth that have a significant population of Muslims provide for these courts in their constitutions and laws to cater for the regulation of the personal status of their Muslim citizens.

Save for those countries which apply Sharia Law throughout the country, other states tend to limit the jurisdiction of these courts to matters affecting the personal status of Muslims.

The Nigeria constitution provides for the establishment of Sharia Courts in the states and in the Federation. The Sharia Court of Appeal is composed of the Grand Kadi and such number of Kadis as may be prescribed by law.

The major difference between the Kadhis Courts in Nigeria and Kenya is that the former apply full Sharia Law while in Kenya, jurisdiction is limited to personal law.

The Gambian Constitution under Section 137, establishes the Cadi Court to be constituted by the Cadi and two other scholars qualified to be Cadi or Ulama. Appeals from this court go to a review court composed of the Cadi and four ulamas (Islamic scholars).

The Cadi Court has jurisdiction to apply Islamic Sharia in matters of marriage, divorce and inheritance where the parties before the court are Muslims.

Freedom of religion guaranteed

The Ugandan constitution establishes the Qadhis Courts under Section 129 as one of the subordinate courts of judicature exercising judicial power to deal with matters of marriage, divorce, inheritance of property and guardianship.

The argument that the provisions in the Draft Constitution treat other religions less favourably is clearly without merit. Article 44 of the Draft Bill is a basket clause containing several sections guaranteeing and protecting the freedom of religion for all.

The kadhis Courts, which fall under the chapter on the Judiciary, could not have been brought under the ambit of article 44 which comes under the Chapter on Human Rights. Kadhis Courts should be seen in the context of the Judiciary and the legal system and not as a religious or Muslim issue alone.

Those opposing the kadhis Courts and making allegations of bias for Muslims are politicising the issue and creating unnecessary tension between Muslims and their Kenyan brothers and sisters.

By whipping up emotions of other people who may not have all the facts before them, these people are undermining the goals of the constitutional review process.

It is the hope of all those who wish to see the continuation of the peace and harmony that exists between the different religious communities in Kenya that men and women of goodwill in Kenya will see through the propaganda war being waged against the Kadhis Courts and support the recommendations of the CKRC.

Mr Hassan is a Commissioner with the Constitution of Kenya Review Commission.

The Kenya Church

The Federation of Churches in Kenya Why we are opposed to Kadhi's Courts in the Constitution

The reconciliation process recently initiated by President Mwai Kibaki to stop the dispute over the direction of the draft Constitution is most welcome by the Kenya Church, which is an inter-denominational federation bringing together all church denominations and other independent church groups in the country.

However, the Kenya Church is saddened by the stand taken by some of the delegates at Bomasi III of favouring one religion, which is Islam. The church is also concerned that the Christians are not being listened to when they raise their concerns on matters pertaining to the issue of Kadhi Courts being entrenched in the draft Constitution.

The draft Constitution states in clear terms that Kenya shall be a secular state and the Government will not hold any religion higher than the other. But to the contrary what we are seeing and experiencing is totally different and shocking.

It is from this point of view that the Christian community in Kenya are forced to issue this statement in an effort to register their concern.

Our prayer is that our President and the Members of Parliament will address this contentious issue.

Entrenchment of Kadhi's Courts

According to the ECRG, on page 128 of Volume One Main Report of 4 March 03 item 9.3.6 (i) (ii), the people said and the Commission recommended on religion that "the constitution must state that Kenya is a secular State and that the Government will not do anything to help, encourage or promote any particular religion."

The Commission was therefore correct in providing in the draft constitution that:

- State and religion shall be separate.
- There shall be no state religion.
- The state shall treat all religions equally.

Whatever way one looks at it, Kadhi's courts are 100% religious; the judge must be a Muslim, the approved must be Muslims and the applicable law is Islamic! It is our considered opinion that the Government must not do anything to help, encourage or promote one particular religion through these courts!

Undoubtedly, passionate historical arguments have been used to justify having these Islamic courts in the constitution. We however wish to point out that other historical records indicate that as at independence, Kenya was basically a Christian state. This church had an official representation in parliament and the Archbishop of the Anglican Church had his residence within the proximity of State House to serve as the official advisor to the head of state.

Yet in recognition of our religious diversity, the Christians gave up these "rights" in a desire to build one united Kenya in which everyone is free to practice their faith. It however appears that our multiplicity has been repaid with a most sadist unfairness.

As at the conclusion of Bomasi III we had witnessed some very disturbing issues:

- The final draft provides for the establishment of unknown number of Kadhi's Courts across the country. This establishes these Courts as State organs, with the government being required to ensure they are created and funded. This basically makes Islam the state religion in Kenya!
- The Chief Kadhi, a religious leader who normally announces the sighting of the moon for Ramadan, will now sit in the Judicial Service Commission where no other religion is represented. This constitutes a direct discrimination against other faiths on the basis of religion.
- Christian delegates who attempted to raise these issues were treated in a very hostile manner, and denied fair opportunity to air their views during the debates at Bomasi III. And on the day preceding the debate and deliberation of the matter of Kadhi's courts, none other than the Minister for Justice and Constitutional Affairs issued a statement at Bomasi III in full support of the Kadhi's courts. This statement was later read to the plenary on the day of the voting by the Assistant Minister!
- A peaceful march by church leaders in Mombasa on 22 March 2004 was violently interrupted by the Police, who without any provocation threw tear gas at them and beat up many and arrested seven of them despite having notified the Government and obtained needed authority.

This is especially curious considering that a few months ago, during Bomasi II, some Muslim leaders notified their members who notified and burnt six of our churches in Bura. Though we notified all the relevant authorities including the Minister for Internal Security, nothing has been done to date.

This means that even the Government is applying double standards, and has chosen to sideline the Church, the betraying more than 60% of Kenyans who elected them into office!

Whichever for the sake of peace, we have in the past been silent on certain information, we must now declare that our research reveals that there is a hidden agenda behind these courts. In November 1999 Islam in Africa Organization was formed in Abuja Nigeria where they resolved to turn Africa into the first Islamic continent.

According to Mr Khuram Murad, the late head of the Islamic Foundation, the Islamic movement is committed to an organized struggle to change the existing society into an Islamic society based on the Quran and the Sunna, and make Islam, which is a code for entire the supreme and dominant especially in the socio-political spheres.

Dr Usman Muhammad Bugee, Secretary-General of the Islam in Africa Organization stated that "Islamization" is a process that starts with Kadhi's Courts abolishing on matters of personal law, next come the extension of jurisdiction to cover all civil matters, and eventually ends with Sharia. This information is readily available on their website.

While we are not opposed to Muslims having their Kadhi's courts, we are against them being entrenched in our Constitution. We only need to look at Sudan and the northern states in Nigeria where Sharia is in force to see the ugly consequences of this system, both to Muslims and non-Muslims alike!

In light of the above, we have come to the sad conclusion that Christians have become a marginalized community in this nation and that our voice is not being heard!

WE THEREFORE WISH TO STATE CLEARLY AND CATEGORICALLY THAT IF KADHI'S COURTS ARE LEFT IN THE CONSTITUTION, WE SHALL TOTALLY REJECT THE WHOLE CONSTITUTION NO MATTER HOW GOOD IT MAY BE.

Signed for and on behalf of the Christian community in Kenya:

- ACK - Rt Rev William Waco
- AGC Kenya - Rev. Dr. Joseph Rono
- AIC Kenya - Bishop Silas Yego
- Christ is the Answer - Bishop Roderick Achiro
- Deliverance Churches - Bishop Mark Kariuki
- Deliverance Church - Bishop William Tumwesigye
- Deliverance Church - Rev. Geoffrey Ngunjiri
- Eternal Life Church - Bishop Justus Masyoka
- Four Square Gospel - Bishop Robert Muriu
- Full Gospel Churches - Bishop Stephen Ngũgũ
- Good Shepherd Church - Rev. Peter Kibuka
- Gospel Assemblies - Bishop Gerry Kibuka
- Gospel Evangelistic Church - Bishop Patrick Mungai
- Gospel Lighthouse - Bishop Justus Wanjala
- Green Pastures Tabernacle - Rev. Stanley Mwangi
- Jesus is Alive Ministries - Bishop Margaret Wanjiru
- KAG - Bishop Peter Njiri
- KAG - Rev. Sebastian Macharia
- Living Waters - Bishop Isiah Kyalo
- Methodist Church - Bishop Stephen Kanyani
- Neno Evangelism Centre - Rev. James Mairu
- NPC - Rev. David Ombere
- Oasis of Love - Bishop Charles Mugo
- Parklands Baptist Church - Rev. Ambrose Nyangao
- Pentecost Church - Rev. Dr. David Githi
- PCEA - Rev. Samuel Mungai
- Pentecostal Church of God - Bishop Jefferson Njauka
- Redeemed Gospel Church - Rev. Kiprotich Ombui
- Rhema Fellowship - Bishop Richard Kemele
- St John E. G. Church - Bishop Joseph Oguti
- Victory Centre - Bishop Peter Ananji

Muslims defend Kadhis courts in Bomas Draft

■ MASEME MACHUKA
AND FRANCIS OPENDA

MUSLIM faithful came out fighting to defend the inclusion of Kadhis court in the Bomas Draft.

At a consultative forum called by the Constitution of Kenya Review Commission, Muslim leaders said the Kadhis courts should not be subordinate to the High Court.

They also said they were opposed to any amendments to the Bomas draft save for article 199, which gave the High Court supremacy over the other courts.

The Muslims who have since pulled out of the Ufungamano initiative presented a paper on Options for the Muslim Community in Light of the Current Law.

Commissioner Isaac Hassan asked for a review of the article or the Kadhis courts is done away with altogether.

"If by any chance these inclusions are put in the draft or are deleted then by the end of the day the constitution that will come out of Parliament to be voted in the referendum will not represent the wishes of the people."

He said there was a possibility that the final draft will be subjected to legal battles.

"If Parliament tampers with the Kadhi's courts, then as Muslims we have to go to court and stop the referendum," he said.

CKRC chairperson Abida Aroni called on Muslims to rededicate their attention to the process.

"If we fight together as a community we shall bring the process to a conclusion. We have seen alignment and realignment, as a community we will continue to play the midwives role," Aroni said.

She called on the critics of the laws governing the process to hold their peace and use the bad laws to create the new constitution.

"No law made by man is



Mr Sheikh Ali Shee (left) and CKRC vice-chairman Prof Idha Salim listen as Commissioner Prof Okoth Oigendo addresses participants during a one-day consultative workshop of the Muslim religious leaders on the constitutional review held at a Nairobi hotel yesterday.

perfect, we acknowledge the flaws in them but let us move on and use the bad laws to bring the process to a conclusion," she said.

She called for the protection of the Bomas Draft as PSC redrafts and resolves the contentious issues.

She said the Kadhis courts issue was a carry-over from the present constitution. "Why are people who are not even Muslims telling us how the Kadhis courts should be run and yet it will not affect them?" she asked.

Earlier, commissioner Okoth Oigendo accused the Ufungamano group of using principles that propagate their sectarian stance.

Meanwhile, Justice and Constitutional Affairs minister Kirati Murungi expressed confidence that a new constitution

would be in place before the end of the year.

"We currently have the best environment for a new constitution because we are no longer quarrelling," he said.

He said after the Naivasha Accord, there were no major disputes on the content of the Draft Constitution and work on a new constitution could be completed as planned.

"By the of July, Parliament should have done away with the Draft Bill to be given to the Attorney-General for the Constitutional Bill, which will pave way for a referendum," he said. Kirati said both CKRC and the Electoral Commission of Kenya were ready to carry out civic education and the referendum.

"We are working day and

night to ensure that the referendum is held by early December," he said.

Kirati said proposals to abolish the death penalty were just and fair because the sentence was a violation of human rights.

He said consultations were underway between the Attorney-Generals office and the Ministry of Home Affairs under whose the Prison's Department falls to have the death penalties commuted to life imprisonment.

He said he was yet to see the proposed amendments in the Evidence Act but said torture would not be legalised as a form of getting evidence from suspects.

"Torture is not the proper way to fight crime because it is in itself a criminal offence," he said.

Commentary

Kivutha Kibwana

Kadhis' courts provision is harmless

The controversy over Kadhis' courts had its genesis in the opening moments of the Bomas Conference.

Since independence, Christian leaders had never questioned the existence of the courts, whose jurisdiction was always confined to personal law issues of marriage, divorce, succession, maintenance, custody of children and burial.

Arabs who married under customary law had their personal law matters resolved through the medium of customary law but by, in the first instance, a district magistrate's court.

For both Kadhis' courts and district magistrates adjudicating issues under the customary law, appeals lay to the High Court.

Other religious courts

When the proposed new Constitution was published, it provided for not only the Kadhis' courts but also Christian, Hindu and other religious courts.

Technically, this provision was an answer to the charge that Muslims were favoured by the new Constitution in that any faith could now have State-funded courts nationwide.

The central argument by Christians and Hindus is that the new Constitution has provided for Christian courts, which do not currently exist. The possibility of these courts being established in the future is remote.

Both Christian and Hindu doctrines

do not enforce a part of their spiritual values through secular courts. However, on the basis of 1 Corinthians 6:1-11, the Christian Church in Kenya can establish religious courts for personal law matters if it so chooses. Already, most clergy informally adjudicate such personal law disputes especially between husbands and wives.

The critical questions of who would be the presiding officers of such courts as well as the source of applicable law would have to be settled.

It is a fact that Kadhis' courts, in their restricted application in Kenya, have not created religious animosity or prejudiced non-Muslim populations. It is indeed the change of their status that could be a catalyst for religious disharmony.

If the proposed new Constitution is defeated in the referendum, Kenya would miss a new Constitution but still have Kadhis' courts in its constitutional structure. This seems a heavy price to pay.

Ordinary legislation

Mainstream Christian leadership has never opposed the existence of the Kadhi courts. It prefers that they be accommodated through ordinary legislation as is the case today. Currently,

Kadhis' courts are accommodated both through the Constitution and ordinary legislation. Christian leadership may wish to consider that since it doesn't envisage the legal annihilation of the Kadhis' courts, their articulation in the current form should continue.

Some Muslim leaders have argued that the Kadhis' courts are not religious courts.

If the substantive law that the Kadhis' courts dispense is Islamic personal law

Co-existence or diversity of faiths in Kenya must not be allowed to become a problem as that has not been the case in the past.

Everybody must contribute to guarantee religious harmony. We worship freely because that is God's law. The Constitution or other law does not grant us religious freedom but merely confirms what is God-given. We must, together, always protect, enhance and cherish God's given right to worship Him.

A few other issues in relation to religion in the new people's Constitution require discussion.

A constitutional provision exists stating that life begins at conception and the right to life exists except as provided under the law.

The current Penal Code allows abortion only on one ground. This is when a doctor duly certifies that the life of the expectant mother is in danger. This is the legal formulation virtually the world over.

The right to liberty

Secular law and jurisprudence prefer that where the two lives could be lost, then the already existing life of the mother should be saved. It is thus wrong to use this constitutional provision to argue that abortion is liberally provided for.

The position under the current law is maintained. This is to be contrasted by the United States position in which a woman is permitted to abort during the first three months of pregnancy irrespec-

tive of her health status. In America, abortion is construed as part of the right to liberty and a woman is free not to carry to term a baby she doesn't desire.

As a reaction to religious leadership and other Kenyans, the new Constitution is categorical that only members of the opposite sex can marry to found a family. This is meant to outlaw homosexual unions that have been witnessed in the Western world. Kenya's current penal law also illegalises homosexual relationships.

It will be relatively easy

Under the new Constitution, it will be relatively easy to begin religious ministries because all civil societies — religious and secular — do not require registration unless special circumstances, of a security nature, for example, exist.

Further, a religious organisation is permitted to carry out educational activities as well as ensure religious instruction in such institution so long as the instruction is voluntary.

One aspect that the constitution-making process did not focus on is the question of tax rebate on charitable donations that are received locally or from abroad to undertake God's work. Since this money or other resources are not used for profit making, the country needs to dialogue on the tax status of the contributions.

Prof Kibwana is a constitutional lawyer and an assistant minister.

The National Muslim Council of Kenya

"The believers, men and women, are Allah's (helpers, supporters, friends and protectors) of one another; they enjoy (on the people) at Mad'raf (the right) and forbid (people) from al-Munkar (the wrong); they perform as Salah and give the Zakah and obey Allah and His Messenger. Allah will have mercy on them; Surely Allah is the All-Mighty, All-Wise." THE HOLY QUR'AN At-Taubah Ayah 71



PRESS STATEMENT ON CONSTITUTION DEBATE

In the Name of Allah, Most Gracious, most Merciful, Master of the Universe, and may peace and blessings be upon His Holy Prophet Muhammad, the Mercy to mankind.

In the name of Allah, Most Gracious, Most Merciful, Master of the Universe, and may peace and blessings be upon His Holy Prophet Muhammad, the Mercy to mankind.

Three years ago, the drive for a new constitution movement was divided only between the powerful and the usual oppressed. Today we have four groups: the powerful, the powerless, the usual oppressed and the trouble-shooters. The only groups that are still genuinely interested in a democratic constitution process are two: the powerless, which are the EX-powerful - now the opposition, and the usual oppressed which include the minorities and marginalized communities, which include Muslims.

Had Parliament not been dissolved as it was towards the end of 2002, the Bomas draft would have most probably been adopted in its entirety, including the Kadhi's Courts and the sections on the Executive and devolution of power. There was no hue and cry whatsoever. What has changed? The marginalized are still the same but the political power has changed its hands and its position.

Politics for us is the power play of activity where citizens engage in discussion that results into decisions on who gets what, when, how and why. The political process however remains rooted in law of a country. The mother of any country's law is its Constitution, which should ideally be based on the principles of democracy and good governance. It is what forms the basis of a nation's political agenda. It is against these conditions that the current constitutional debate behoves us to stand and be counted for the sake of posterity and generations to come. In drafting a constitution, it is crucial to remember that politics is all about power and that the "powerful" cannot be trusted with power. It is evident in the ongoing series of events in Kenya's political dispensation, that it is **neither wisdom, commonsense nor fairplay** that have influenced decisions in the conduct of National affairs.

At Bomas there were no issues which were more central and challenging on delegates' energy and expertise than the debate on the Executive and decentralization of government. This together with positive action to involve those who have been marginalized, like women into government and the continuation of the Kadhi court, if not its expansion, solicited in our view, the greatest emotion, dialogue and unity in resolve in our nation's history.

But the shame of Wako's Draft! The most basic principles of governance in the Bomas draft have been massacred beyond recognition. Yet Kenyans came together in a legal, lawful and plain form on how they wanted to be governed from the center and at the grassroots. Bomas delegates, in developing the draft took into consideration the people's representation and recommendations to the Constitution of Kenya Review Commission. Bomas noted and embraced the view that the people of Kenya wanted a Parliamentary system. At the same time, they wanted to elect their President directly. Meanwhile the people wanted an Executive Prime Minister, appointed by the President from a party with a majority in Parliament. The President would remain as Head of State, responsible for both Foreign and Security affairs.

Wako's draft bill has chosen to create a high and mighty President responsible for all plus miscellaneous, but answerable to nobody. This is no doubt a recipe for the creation of village dictator, a demi-god and a Pharaoh bundled into one. What has informed Wako's draft? We dare accept that, it is Kenya's ruling clique bigotry in a desperate attempt to retain and maintain the status quo against the will of the people. To all this we must and we will **VOTE A BIG NO!**

he draft Bill chapter on Devolution is both disfigured and confused. The people sought a two house Chamber, power transfer to the regions, Districts and Location Councils with elected executives to be responsible for the local administration, yet out of the current nine years of the Provincial administration Wako recommends only two layers stealing the power back from the people, portending a security nightmare scenario. The Bomas draft gave a considered balance of five layers.

Wako's draft leaves nothingness without equal. It leaves a multi layered vacuum. There is neither the Provincial nor Local Administration, everything pulled back and concentrated at the center and therefore incoherent local administrative apparatus save for the Districts completely emasculated, left to pander to the Central Government at every turn. Well, it is clear that the draft was a hodgepodge scuttled together without much thought, but expediency to please the Power Barons. Attesting to this is the claims already made by those those who no longer use to "read the Wako draft carefully" that "the Provincial Administration actually will not be phased out" after all!

Affirmative action in the Boma's draft was to provide representation for the Women, Youth and our persons living with disability. It provided for special seats reserved for this purpose in the district constituencies. In momentary ruthlessness, Wako's draft assigns 1/3 of parliamentary seats to these groups but without a defined Constituency nor the mechanism to implement it. We can only guess that these seats will be at the whim of a President who may choose to nominate his "tennis" buddies, relatives or cronies of a different kind. If anyone is in doubt, just listen to the debate going on among the members of the "inner circle". Now it is in the draft and now it is not! To be sure, there is total confusion. Simply stated, affirmative action as a principle is as dead as a dodo.

he Kadhi's Courts, which have been part of the Independence constitution, have never been a hindrance to the dispensation of justice in the Republic. If one cares to review the representations made to the CKRC, there were no recorded decemable views as a clamor to have them removed from future Constitutions. Equally, there is no record of any views to introduce Christian, Hindu or any "other religious" courts. Wako's draft opens a can of deadly worms. This Pandora's Box calls for recognition and implementation of even satanic cult courts, while imposing on other mainstream faiths religious courts against their will as they have now testified. Was this Wako's attempt to pacify an imaginary indignation? To us this is sacrilegious and a contemptible attempt at creating disgruntlement among the faithful and a yes-cte for those hostile towards the Kadhi's courts.

at us shed some light for those now beleaguered with the entrenchment of the Kadhi Courts and its legal status in the Constitution. Islam as been in this country for over nine centuries. In 1895, when King Leopold of Belgium presided over the partitioning of Africa at the Berlin conference, the Sultan of Zanzibar was recognized as the Sovereign of the Coastal Strip in the region known as Kenya today, with an hereditary depth of ten nautical miles into the interior at high water mark. Great Britain and Germany signed a treaty in 1895 recognizing this sovereignty.

In 1897 the British East Africa Company signed the processional Concessional Agreement with the Sultan of Zanzibar that the Company would act as the Sultan's Wazir to administer it in the Sultan's name, under his sovereignty. Several series of treaties and authorities from 990 to 1820 saw Muslims and the Sultanate of Zanzibar assured of future protection of their interests at all times in a manner that would be debatable.

In 1920 when Britain declared Kenya a colony, it excluded from the Annexation Order in Council all the Dominions of the Sultan including the ten-mile strip, instead it passed a separate order designating the ten-mile strip as a Protectorate. Thus, Kenya became a Colony under the British Empire, with the ten-mile strip remaining under sovereignty of the Sultanate of Zanzibar.

In 1961, preceding Kenya's independence, several discussions from delegates, reports and Sessional paper No. 09 of 1961 discussed whether the ten-mile strip becomes an independent Nation or joins Kenya. The recommendation was to join it with Kenya. The rider to the agreement was insurance of safe guards to preserve the rights of the Muslims. Emphasis was placed on maintenance of personal Law for Muslims and preservation, protection and retention of the Kadhi's Courts.

In 1963, Mzee Jomo Kenyatta then Prime Minister of Kenya and M. Shante representative of Zanzibar signed an agreement to have Sultan of Zanzibar relinquish his sovereignty on the ten-mile strip in Kenya. In return, Kenya would guarantee continued existence of the Kadhi's Courts. Further undertakings from Kenya included, "(1) in particular His Highnesses present subjects who are of Muslim faith and their descendants will at all times be assured of complete freedom of worship and the preservation of their own religious buildings and institutions. (2) The jurisdiction of the Chief Kadhi and all other Kadhi's will at all times be preserved and will extend to the determination of questions of Muslim Law relating to personal status (for example, Marriage, divorce, inheritance, etc) in proceedings in which all parties profess the Muslim Faith."

Hence, any attempt to remove the Kadhi's Courts from any constitution is a direct contradiction of the Treaty, so the Kadhi's Courts entrenchment in the Constitution of Kenya for life is not open to debate. Any attempt to do so would be betrayal to the Muslims and an abrogation of the said Treaty.

All said we have not even discussed the illegality of this process or the repercussions it portends for our peaceful Nation. The Government has opened another can of worms in violating its own interests against the wishes of the people. Further, there are no clear stipulations as to the percentage of the electorate required to give a majority count in the referendum. In other words, a handful of cronies and sycophants will all 8 votes to vote on behalf of thirty million Kenyans. This will set a dangerous precedent. So as we pray for peace, let us arise and **VOTE NO to the referendum, for we have nothing to loose, yet in this victory, we restore our National dignity into posterity.**

HAZEM UMAR RAJPUT
NATIONAL CHAIRPERSON

2nd September 2005

P.O. Box 3215 00506 Nairobi, Kenya Cell: 0724253555/0722253344
Tel: 020 3871059 E-Mail: nmck-nai@hotmail.com
Muguri Road, Off Othaya Road, Kileleshwa

Married, divorced in 2 days

By KNA

A 20-year-old man was ordered to pay Sh30,000 as dowry for a girl he divorced after two days of marriage.

Nadhir Hamisi had cohabited with the girl for two days without parental permission before her family caught up with them and demanded that he marry her to restore her honour.

When he refused to cooperate, the girl's parents had Nadhir arrested and forced him to marry the girl while in the police cells. The shotgun marriage was conducted by an ustadh (Muslim leader) and witnessed by the officer in charge of the Malindi police station.

Nadhir Hamisi appeared before the Malindi Kadhi, Sheikh Sukyan Hassan Omar, for arbitration between him and his in-laws after he divorced his wife of two days without paying a cent to her parents.. Hamisi told the court that once they were married, he begged his wife to go back to her parents because he could not support her, but she threatened suicide, so he opted for divorce.

Muslims demand for Kadhi in Wajir

BY BONIFACE ONGIRI

THE Government has been asked to post a Kadhi to clear a pile of domestic cases in Wajir District.

Muslim leaders said the district has had no Kadhi at the local court for a year now and accused the Government of being insensitive to Muslims' needs.

Led by the secretary of Wajir Imanis and Preachers, Sheikh Abduwahab Mursal, the leaders said unresolved domestic cases were overwhelming.

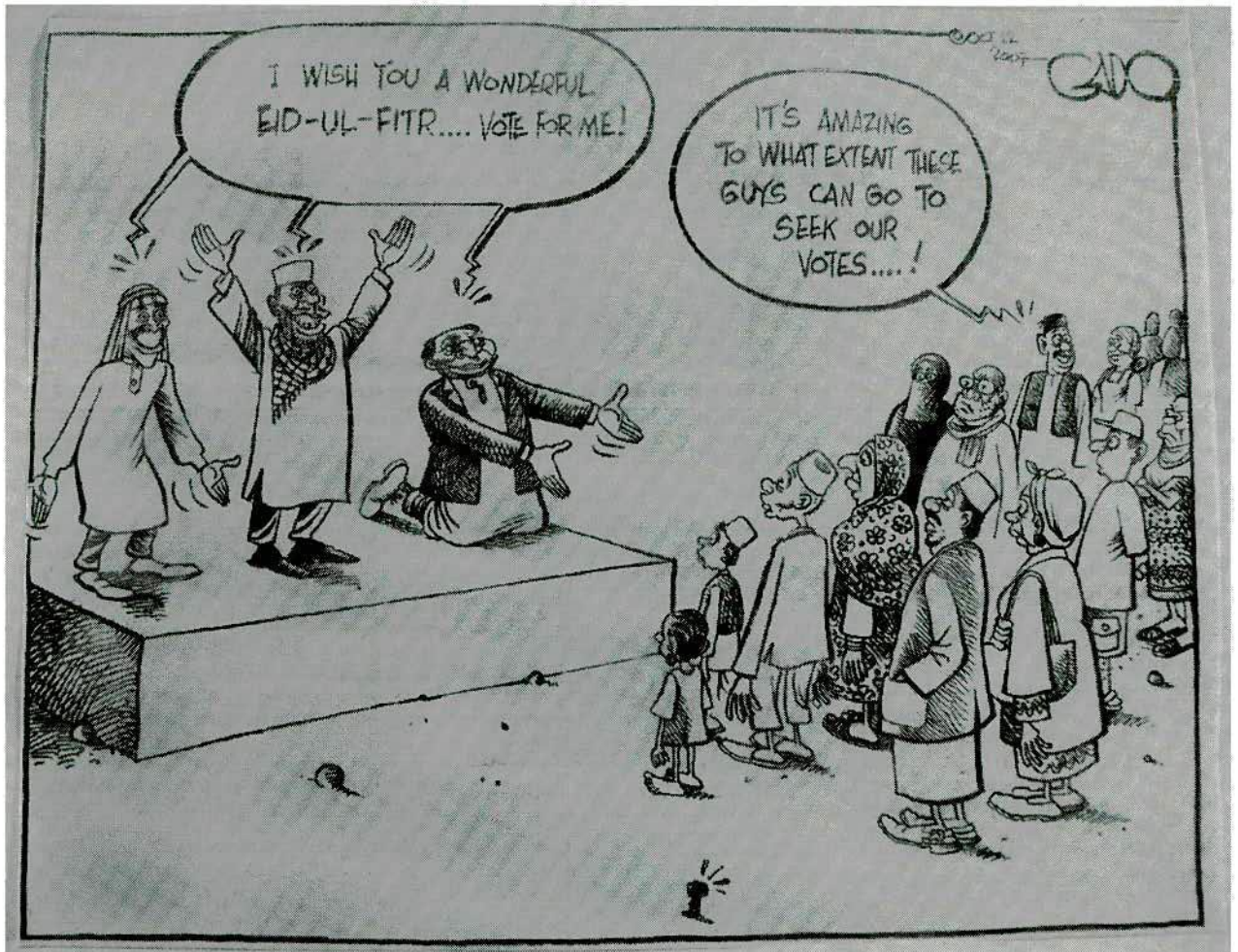
The Kadhi's court deals with domestic cases, including divorce, marriages, wealth distribution and child neglect.

Since former Wajir Kadhi Hassan Bulle, retired in July last year, the post has been vacant.


The leaders said lack of a Kadhi had put residents on a collision course with human rights activists who had been approached by some of the affected people.

"Conventional courts cannot handle domestic affairs and our efforts to get the office of the Attorney General to post a Kadhi have been fruitless," said Sophia Gedi, the co-ordinator of Wajir Human Rights Watch, a community based organisation.

Sheikh Abduwahab asked the Government to deploy a Kadhi in the area to solve domestic disputes, which are religious in nature. He called on the AG to act urgently on the issue.



The scramble for the Muslim vote



could be ignored or even dismissed, in respect of the government of the nation and the very opposite is happening. In the lead-up to the 10th General Election, President Kikwada, Ruto, Odinga and Kalonzo Musyoka — currently the top politicians in this country — are literally falling over themselves to seek the attention of the Muslim community that controls about 2.5 mil-

Each is trying to do this or that for a community it elected or re-elected. Leaders among the Muslim conservatives are hammering away at the opportunity to run on long-range issues like the release of hostages and the so-called rendition agreement that, among other things, has a right to circumvent habeas corpus laws.

පාඨකයාගේ දෘෂ්ටිකෝණයෙන්

books are also making a quick buck from the situation, local leaders of the Islamic Front reveal. Sheikh Shire Bawaan, the Director of Public Affairs, Supreme Council of Kenya Muslims (Supremu), says his one command or declaration how the en-

claim that will vote
commenting about the various Muslim
leaders who have declared support for
the fight. Moslems or Khalid, Brnara
to "I think we are seeing among those
young that Muslims will vote for this
candidate is a catalogue of self-
interest not to make money. Making such
statements is against our belief. The
good advocates selflessness and not

to continue. "Islam is a religion and not a political party, and for that matter, it will not be used for selfish gain. Islam is a way of life and politics is part of that way of life," the religious scholar says. However, the way around, says Bawane, "does not deny its relevance in determining its position in politics or to form independent choices on political or religious issues."

...is needed when pursuing political "vision," he says.

[illegible]

IDD MUBARAK, President Kibaki (left) and Idi U. Fit, to mark the end of the 100th taking no chances as Election Day ad

The Evangelical Alliance of Kenya condemned that the Muslim vote is inevitable. Successive governments have neglected and almost taken for granted the Muslim community, especially those who live in the frontier North Eastern Province (NEP). In their recent Mushinji complaint of ineffective issuance of identity cards, a so-called war on terrorism and acute under-

But now the Government has come out to oppose him, saying it is not anti-

Special romance dark
In his recent visit to NEP, President Kalyan ordered the return of Sheikh Moham-
med Osman an inmate in the area who was
deported to the Comoros Islands. Osman,
a British citizen, was charged away over 10
legations of terrorist group linked

Muslims wishing to travel to Mecca, Saudi Arabia, for the Haj pilgrimage, one of the religion's pillars of the faith, will do so with relative ease in future. While meeting a delegation of Muslim leaders at State House, Harold, Kibaki ordered that a special desk be created for issuance of passports to Kenyan Muslims going to

Two week joint Muslimin to celebrate Month of Ramadhan. Politicians are a closer.

Mecca at the of Immigration Department. For many years Muslims have protested that issuance of the documents takes an unacceptably long time. "We have no intention of withdrawing Muslims, but I would like to advise all Muslims, including Muslims, to be law abiding," the President said.

The outreach campaign mounted for the Muslim vote by Baidar and Khatib is the most elaborate, on his side. Khatib has Nagib Badar, Mohammed Khatib and Bilal Kettou, the leading MP for Muslim-major West and Moudera Central respectively. Khatib has Mohammed Ali, the lead

Rabbi's bombing visit
Four months ago, Rabin joined Massim leaders in a secret demonstration to condemn the deportation of a number of Muslims to Somalia. He also castigated the burning of Somali Muslims who at the time were being deported.

Perhaps this is the reason why Abdirahman Ismail, the Chairman of the National Movement for the Liberation of Somalia (NMLS), will offer our support to the OPDM because

He insists a repeal of the referendum vote is unlikely to happen because there is a difference between a General Elec-

ample, are different from the needs of a state that affects a Muslim in NFIP for example. The needs of a Muslim in NFIP for example, are different from the needs of a state that affects a Muslim in NFIP for example.

Manila in Western or Luzon provinces. If an individual has committed a crime and he or she is a Muslim, it should not be lumped on the whole community, he says.

"What we need is fair investigations to be conducted and courts to prove that the individual accused of the said crime is guilty or innocent," he says.

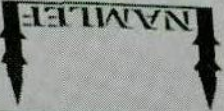
The Supreme official says such matters have been brought to the attention of the

COMBINATION QUOTE

I would vote for a Muslim if he or she was the candidate

**best able to lead the
country and defend
our political values.**
John McCain, Republican
Presidential hopeful

[illegible]



CAN WE TRUST YOU MR PRESIDENT?

(NAMLEF is national forum of leaders of Muslim organizations formed in 2003 to articulate and represent aspirations and concerns of Islam and the Muslim community in Kenya)

Jamia Mosque, P.O. Box 40629-00100 Nairobi Kenya. Tel: 020-226085, Box 020-342147 Email: shura.kenya@yahoo.com

Your Excellency President Mwai Kibaki, allow us to address you on the following:

- Muslims in Kenya have notice in the last two months, your suddenly acquired enthusiasm in the Muslim community in Kenya. We have seen you receive delegations of Muslims, for the first time in your political career attend Ramadhan Iftar and wear a kanzu and offer a number of goodies to Muslims. Are you genuine with all this Mr. President or is it merely an election gimmick?
- But why now Mr. President after your more than 40 years in politics and more than 4 years as the President of Kenya? We hurry here to affirm and welcome what you are now "giving" to Muslims. It is their right. And this is just a very small part. You promised ten times more in 2002. You did not fulfil a single of them for four years. Can Kenyans trust you Mr. President?
- In 1997, we were with you in Ufungamano (at a National Convention Assembly for a new Constitution), when you abandoned the Assembly to go and enter into the IPPG deal. Do you remember, Mr. President, that IPPG was an election deal to make the election field level and fair to all parties? Now, it is the same you, Mr. President who publicly disowns the same IPPG deal and go ahead to appoint ECK Commissioners only from your party raising concern about the legitimacy of ECK and the 2007 Elections? Can Kenyans trust you Mr. President?
- In October 2002, we sat with you (and the NARC Summit) at Nyali Beach Hotel and you made promises to us of a just, equitable, harmonious and prosperous nation for all. You promised closer linkages with Muslims and address needs of the community during your presidency. But what happened? In January 2003, you yet again dishonoured the MOU you signed with your fellow NARC Summit members, so early in your presidency! And to the Muslims, you refused to grant any audience to any Muslim leadership or organisation for two years until 20th December 2004. You visited the North Eastern Province for the first time in 2005 after three years!! Can Kenyans really trust you now Mr. President?
- In December 2005, immediately after the Referendum where Kenyans rejected the government's proposed constitution, you invited NAMLEF for counsel at State House, Nairobi. You ignored sincere counsel from us on how to minimize deepening divisions in the country. However, on Muslims, you guaranteed us an end to harassments, arbitrary arrests, detentions, humiliations of Muslim scholars, deportations and other violations of their rights by the government in the name of fighting terrorism. But what happened? So soon thereafter, in February 2006 hundreds of Kenyan Muslims were rounded up, tortured and more than 30 renditioned to Somalia, Ethiopia and Guantanamo Bay? Mr. President, you promised us and you broke the promise, yet again? Can Kenyans really trust you now Mr. President?

Need we go on Your Excellency? No need. But we cannot fail to mention one more that has happened in the last one month. On October 1st 2007, Mr. President you told a delegation of SUPKEM at State House, Nairobi that all Kenyan Muslims renditioned to foreign lands by your government would be brought back home. Less than a week later, your government spokesman denied that you said it! Another one week later, on 13th October 2007 yourself during the Iddul Fit Baraza in Mombasa you promised that you will personally bring back these people if only you were given the names. Three days thereafter you received the names from another Muslim delegation at State House Nairobi. And to his credit, Honourable Raita Amole Odiga, ODM's Presidential Candidate, published the names in the media in an open letter addressed to you. Nearly a month later, Mr. President, Kenyans Muslims remain at large with great pain to their families.

Really, Hon Kibaki, can we really trust you for another term as President?

- Finally, Your Excellency, last Tuesday on 6th November 2007 while in Mombasa, you declared that Iddul Hail will be a public holiday for Muslims. Really? Aren't you aware that Iddul Hail is **already a public holiday for Muslims** by an Act of Parliament? So did you mean a public holiday for other Kenyans? However, Your Excellency, Muslims are not interested "to be given" merely a public holiday to enjoy themselves while you afford other people economic opportunities, employment, scholarships and infrastructural development. As an example Mr. President, merely one week ago, you appointed five ECK Commissioners, none of them is a Muslim and this is despite our overwhelming support for you in 2002.
- We have witnessed you handing over the deeds left, right and centre within the country. This is good, but why have you not given to its owners the title of the two hundred year old Konggo Mosque, historical monument LR, Number 13445 Kwale C.R. 17943, which is 5.405 HA, approximately 16.56 Acres situated in South Coast, the 16 acre beach front parcel which had previously been grabbed by a politician only to be surrendered to the Land's Office after the community's outcry instead of it being re-issued to the rightful Muslim owners.

NATIONAL MUSLIM LEADERS FORUM

MEMORANDUM OF UNDERSTANDING

This Memorandum of Understanding (MOU) is made between Honourable Raila Amolo Odinga (Hon Raila Odinga) on one hand and the National Muslim Leaders Forum (NAMLEF) on the other

At the time of execution of this MOU, on the one hand, Hon Raila Odinga has declared his intention to vie for the presidency of Kenya during the 2007 General Elections. He has sought the support of NAMLEF in getting the backing of the Muslim community in Kenya to back him for presidency.

In the MOU reference to Hon Raila Odinga is intended to include and bind all such persons working for him with authority during the campaign period, and thereafter will refer to his government.

On the other hand, NAMLEF a national umbrella platform of leaders of Muslim organizations desires to see our country Kenya as a just, harmonious, peaceful and prosperous nation based on good governance, constitutionalism and the rule of law, pro-poor policies, enhanced democratic space and where Kenyans effectively participate in shaping their destiny and the positive upliftment of the status and welfare of Muslims in Kenya and the correction of historical and structural injustices and marginalization meted on Muslims through deliberate policies and programmes.

In entering into this agreement, NAMLEF and the Muslim community in Kenya recognize the fact that President Mwai Kibaki's government has meted out calculated, deliberate, unprecedented discrimination, intimidation and harassment of sections of Kenyans, including Muslims. NAMLEF and the Muslim community in Kenya desire to see an end to this.

After due consultation, NAMLEF has arrived at a decision to support the candidature of Hon Raila Odinga for presidency during 2007.

In this MOU reference to NAMLEF is intended to include and bind all such persons who have authority to commit NAMLEF or work under its authority.

This MOU therefore declares and commits Hon Raila Odinga and NAMLEF as follows:

That:

Hon Raila Odinga and NAMLEF agree to this MOU to take effect forthwith upon its signing. This MOU is made to secure and cement solidarity and partnership between Hon Raila Odinga and NAMLEF constituency based on values of mutual trust, honesty, integrity, transparency and good governance.

This MOU is made in utmost good faith and trust between Hon Raila Odinga and NAMLEF with the common objective of transforming our country Kenya into a proud, prosperous and just nation, where all Kenyans live in harmony realising their full potential without discrimination, subjugation or fear.

NAMLEF shall:

Declare public support for Hon Raila Odinga's candidature for presidency.

Support no other candidate for the Presidency for the 2007 General Elections.

Mobilise the Muslim constituency countrywide to support Hon Raila Odinga's candidature for presidency.

Provide Hon Raila Odinga's presidency with support and wise counsel.

Maintain open links of communication during the presidency of Hon Raila Odinga.

Hon Raila Odinga shall:

Embrace NAMLEF totally as his partner of choice in seeking the backing of the Muslim community, including access to and representation on all his presidential campaign organs. Upon successful election and serving as the president of Kenya: Continue to embrace NAMLEF as his partner of choice, providing support and sustain relations with it and the Muslim community.

Accord NAMLEF both an advisory and partner role in his government on all Muslim affairs.

Embark on the radical transformation of Kenya to be just, harmonious, peaceful and prosperous nation based on good governance, constitutionalism and the rule of law, pro-poor policies, enhanced democratic space and where Kenyans effectively participate in shaping their destiny through a genuinely devolved government.

Initiate, within the first year, deliberate policies and programmes to redress historical, current and structural marginalization and injustices on Muslims in Kenya. This will include the entrenchment in the Kenyan constitution provisions that will outlaw the targeting and profiling of any Kenyan community (including Muslims) and subjecting them to human rights abuses, violations and discrimination under any guise whatsoever, as has specifically been witnessed by the Muslim community in the past. Specific action will include the setting up of a commission to inquire on deliberate schemes and actions of government, its agencies or officers, to target or interfere with welfare and social well being of Muslims in Kenya as citizens including renditioning of Kenyans to Somalia, Ethiopia and Guantanamo Bay. Such schemes and actions will be put to an end and have public officers responsible for the same named and held to account. Accord immediately, within the first two years, North Kenya and the Coast Province and other neglected areas budgetary priority for infrastructural development in the sectors of road and telecommunications, water, housing, education and health, amongst others.

Ensure equitable representation of Muslims in all public appointments.

NAMLEF as a credible national Muslim institution and Hon Raila Odinga as a credible national leader known for consistency, valour and leadership and vying for the highest position in Kenya commit themselves to this MOU.

Signed by Hon. Raila Odinga and Sheikh Abdullahi Abdi. Witnessed by Farouk Adam, Said Mtwana and Hon. Najib Balala.

Annexe 12. Articles publiés dans le *Friday Bulletin*

1. 2 mai 2003, pp. 1-2 : « Muslims Vow to Retain Kadhi's Courts »
2. 16 avril 2004, p. 1 : « US Behind Kadhis' Courts Opposition – Rev. Njoya »
3. 8 octobre 2004, p. 1 : « We Will not Budge on Kadhis' Courts, Says Balala »
4. 22 octobre 2004, pp. 1-3 : « Big Reshuffle in Offing for Kadhis »
5. 9 septembre 2005, pp. 1-2 : « It is a BIG NO for Muslims »
6. 16 septembre 2005, pp. 1-2 : « Muslims to Lose Big in Wako Draft »
7. 18 novembre 2005, p. 1 : « Go for a BIG NO on Monday, says Chief Kadhi »

Muslims Vow to Retain Kadhi's Courts

Muslim leaders from North Eastern Province have vowed to push for the entrenchment of the Kadhi's courts in the New Constitution.

The leaders, including 11 MPs, from the area said they would soldier on and ensure that the Islamic Courts were included in the new Constitution despite vehement opposition from Christian groups. Their Spokesman, Wajir West MP Mahmud Abdi, said Muslims will not compromise on anything short of inclusion of the courts in the new constitution.

This comes after the start of the constitutional Conference at the Bomas of Kenya which will debate and pass the new Constitution. Kanu has come out to support the inclusion of the courts. Speaking at the party's Parliamentary Group meeting, the Vice Chairman,

"Kadhi's Courts are not negotiable"

Uhuru Kenyatta said the courts have been in place in the country for more than one thousand years and they should be retained in order to safeguard the interests of the Muslims. The Secretary General, Julius Sunkuli, however, said that they will not support the expansion of its jurisdiction to such matters like commercial disputes.

Thousands of Muslims last week, held country wide demonstrations to back the

courts

In Nairobi, the placard-waving demonstrators led by the Supkem Chairman Abdulghafur al-Busaidy and Sheikh

Continued on Page 2

Muslims Vows

Continued from Page 1

Subki Shee, the deputy Imam of Jamia Mosque marched up to the Office of the President, Harambee House chanting "*Sisi ni wa Kenya*, (we are Kenyans) We want Kadhi's courts".

Sheikh Subki said that moves against the courts was a plot to alienate Muslims and turn Kenya into a Christian state.

"We will not compromise on the Kadhi's issue and Christian leaders must keep off," the Sheikh said. Abdallah Kiptanui, a Supkem official from Kapsabet told the crowd that Muslims would not relent on the issue, "*wapende wasipende* we will have the Kadhi's courts," he told the demonstrators.

Meanwhile Sheikh Ahmad Msallam, the Rabita Country Director, accused Christian leaders of holding secret talks, aimed at undermining the Kadhi's courts. He said that the courts are much need now, more than ever as Muslims had increased in "quantity and quality" and are now spread in all corners of the country unlike before. In his Friday Khutbah at Jamia Mosque, he told Church leaders that "they should not day dream as Islam is here to stay." He told the attentive congregation amid thunderous takbirs, that Muslims were peaceful but their peace is limited to those who likewise live in peace and harmony with them.

US Behind Kadhis' Courts Opposition - Rev Njoya

A Christian cleric has accused the United States of inciting churches to oppose the entrenchment of Kadhis' courts in the constitution. Speaking at a workshop in Mombasa last Friday, Rev Timothy Njoya said the US was instigating differences between Muslims and Christians in the country.

"It is President (George W.) Bush who is fighting with Muslims by using some churches to oppose the courts," said the clergyman who is also an official of The National Convention Executive Council (NCEC).

Reiterating his support for the courts, he said not all Christian churches were opposed to the entrenchment of the courts in the constitution adding that Christians and other religious groups should have advocate for their courts during the constitutional review process.

Rev Njoya argued the courts should not be subjected to a referendum saying they would be rejected by Christians, yet they played an important role for Muslims. "These courts

address special interests, just like family courts," he said. He further accused the US of being behind the government attempts to impose the Terrorism Suppression Bill on Kenyans.

The Supreme Council of Kenya Muslims Mombasa branch chairman, Sheikh Juma Ngao said Kadhis' courts were a basic right for Muslims and asked why those opposing the courts did not make their own demands when the Constitution of Kenya Review Commission was collecting views from Kenyans. "In fact, the courts are part of a treaty signed

between former President Kenyatta and the Sultan of Zanzibar when Coast joined the Kenya Colony," he said. A NCEC official Mr Abubakar Awadh said Muslims are a minority and the Kadhis' courts cannot survive a referendum. He warned of chaos in the country if the courts are subjected to a plebiscite.

"Christians and other religious groups should have advocate for their courts during the constitutional review process"

We Will not Budge on Kadhis' Courts, Says Balala

Cabinet Minister Najib Balala reiterated that the Kadhis' courts would remain entrenched in the constitution, as they are an integral part of the Muslim faith. He said those who were fighting against the courts were fomenting intolerance, which threatens to ignite the country into a religious war.

Balala who is the National Heritage Minister was speaking at the official opening of the Ndhalani Islamic Centre in Machakos District over the weekend.

He said that Kenyans of different faiths have for the past forty years lived in harmony with each other but regretted that some religious leaders were spreading hatred by opposing the courts.

"We have a right like other Kenyans to practice our own religion," he said.

The Minister said the courts were not a contentious issue and accused those claiming on the contrary of plotting to spread a religious war.

On the Terrorism Bill which is expected to be tabled in Parliament soon, Balala who is also the Mvita Legislator said the proposed legislation should not be used to suppress Muslims. "Any community which is targeted, is the beginning of creating a community that is terrorist," he said.

He said that as a representative of the Muslims in cabinet, he will

ensure that the Bill will not sail through the cabinet without the views of Muslims being incorporated.

Speaking at the same event, Environment Minister Kalonzo Musyoka stressed on the need for religious tolerance and added that the constitution emphasised the respect towards different faiths in the country.

The SUPKEM chairman Prof Abdulghafur El Busaidy appealed to the sponsors to come up with an income generating project to make the center to be self supporting.

"Any community which is targeted, is the beginning of creating a community that is terrorist"

The opening ceremony was witnessed by Prince Kassim Tebandeke from the Buganda royal family in Uganda and Abdul Rahim Green, the Head of the Da'wah unit at the London Central Mosque in the UK.

Also present were the Assistant Minister for Water Services Mr Sugow, and the Yatta MP Charles Kilonzo who is the area representative in the August House.

The centre situated along the Thika-Garissa highway was constructed by the 3Z Foundation in conjunction with Al Momin Foundation at a cost of 8 million shillings.

It comprises of an imposing Masjid and a Madrassah catering for 10 orphan children from various areas of the country.

Big Reshuffle in Offing for Kadhis

In a bid to streamline the Kadhis' courts, a reshuffle which is set to initiate major reforms in the courts, is expected to be undertaken soon, the Chief Kadhi Sheikh Hammad Muhammad Kassim has announced.

Speaking to *The Friday Bulletin*, Sheikh Hammad also said that the three districts of Malindi, Isiolo and Bungoma which for more than a year have had no Kadhis, will have the posts filled during the reshuffle. He disclosed that the Kadhis to fill the vacant positions have already been identified by the Judicial Service Commission (JSC) after an interview held last month which, for the first time involved Muslims with the Chief Kadhi being on the JSC interview committee.

The reshuffle will see some Kadhis who have overstayed in some stations to be replaced and others transferred. Sheikh Hammad blamed the incompetence which has plagued some courts on the Judiciary policy, which has for the previous years disregarded Muslims in the appointments. "Unfortunately Muslims were not being involved in the selection of Kadhis, a factor which has caused problems in some stations," said Sheikh Hammad.

He added that besides the appointing authority being not conversant

with Islamic law, some ended up appointing Kadhis who were not well qualified for the post.

The positions in the three districts fell vacant after the transfer of Ahmed Sharrif Muhdhar from Malindi to Nairobi, Talib Bwana from Isiolo to Mombasa and Abubakar Bwanakai who moved from Bungoma to Kisumu.

In all, there are 14 Kadhis serving in different parts of the country.

The Kadhis are ranked at par with Magistrates while the Chief Kadhi is on the same level with the Chief Magistrate. Plans to introduce a Kadhi hierarchy in the new constitution which would have seen the Chief Kadhi on the same status as the High Court judge did not materialise.

Meanwhile, Sheikh Hammad criticised the decision by some schools to bar Muslim students from fasting on the pretext that it

will hinder their performance during the Form Four examinations. Some schools including Nairobi School, Kenya High and Limuru Girls had forbidden the students from fasting in this holy month.

The decision which was greeted with dismay by Muslim leaders was

Continued To Page 3

Kadhi Reshuffle

Continued From Page 1

reversed after the intervention of Supreme Council of Kenya Muslims (SUPKEM) led by the national chairman Prof Abdulghafur El Busaidy. The Chief Kadhi called on parents to choose schools for their children where the religious practices of the students will be respected and reiterated that it is high time for Muslims to initiate their own good performing schools.

It is a BIG NO from Muslims

Muslim leaders have at last come up with a position regarding the proposed document and it is a big No.

The decision to reject the proposed constitution was reached after a team of legal experts submitted their recommendations warning that assenting to the document would endanger the existence of the Kadhis courts and turn the country into a worse dictatorship through the enhanced powers of the Presidency.

The leaders from all across the country's eight provinces reached a common stand after a day long consultative meeting held at Jamia Mosque Nairobi. In rejecting the Draft, the Muslim leaders said in a statement, "We are satisfied that as it currently stands, the Wako Draft must not become the constitution of the country."

In making the decision, they were guided by a team of legal experts and Islamic scholars who had scrutinized the document.

Apart from the outright danger it poses to the Kadhis courts, the leaders stressed that the Wako Draft did not reflect the wishes of Kenyans which they had made to the Review Commission.

They accused the Attorney General Amos Wako of mutilating the Bomas Draft which had guaranteed the fundamental rights of Kenyans. Of particular concerns were provisions regarding the Devolution and the rights of the minority and marginalized

communities which the leaders affirmed went against the wishes of Kenyans.

Modalities have been put in place to sensitize Muslims all over the country to reject the Bill.

Twenty three institutions were represented which included the Majlis Ulamaa Kenya, SUPKEM, Council of Imams and Preachers of Kenya (Mombasa, Western and North Eastern), Muslim Consultative Council, Puriwani Riyadh Masjid, National Union of Kenya Muslims (NUKEM), Kenya Assembly of Ulamaa, Imams (KAULI) and Nairobi Joint Masaajid Programme, Kenya Council of Ulamaa-Nairobi and Northern Aid.

"We are satisfied that as it currently stands, the Wako Draft must not become the constitution of the country."

Others were Islamic Da'wah Group, Majlis Ulamaa (Eastern and Western Provinces), Eastleigh Eight Street Masjid, Mulata Welfare, Runda Masjid, Majmaul Ahoab, Kenya Arab Friendship Society, Education for Development, Mwembe Tayari Tabligh Group.

The leaders further resolved to participate with other Kenyans in the nationwide campaign against the proposed constitution.

CIPK secretary general Sheikh Muhammad Dor and lawyers Hassan Omar Hassan and Yusuf Ibrahim were mandated to give the Muslim position in the campaigns.

Continued To Page 2

Muslims say NO to Wako Draft

Continued From Page 1

Over the weekend, the national chairman of the Supreme Council of Kenya Muslims (SUPKEM) Prof Abdulghafur El Busaidy described the proposed constitution as a "very dangerous" document.

He said that the document contained provisions which will make it easy to have the Kadhis courts done away with once the new constitution is enacted. He noted that it will now be much easier to collect one million signatures by churches to have the Kadhis courts, which are now grouped under religious courts, thrown out of the proposed constitution.

According to the proposed constitution, to have an amendment to the constitution will require a two thirds majority in Parliament and an initiative supported by one million registered voters.

Prof El Busaidy predicted that if the constitution was to sail through, there will be no Kadhis courts in the next six months.

The SUPKEM chairman made the remarks over the weekend as he addressed a public forum called to discuss the views of Muslims regarding the proposed constitution.

Speaking at the same forum, Mr Abdillahi Abdi the chairman of the National Muslim Leaders Forum described the proposed document as worse than the current one in use. He lamented that Muslims put a great deal of their resources to have the Kadhis courts protected but the proposed constitution is set to throw their gains to waste.

The leaders also castigated self-seekers who are being driven by foreign interests who are going around and pretending to proclaim a Muslim stand on the Draft.

'Muslims to Lose Big in Wako Draft'

Muslims will emerge the biggest losers once the Wako Draft sails through at the referendum. These sentiments were expressed by Muslim leaders last week when they made a decision to reject the proposed constitution.

"While all the various communities have some enhancement of status in the Draft, Muslims have emerged in even a more dangerous position," said the statement signed by 24 leaders from various Muslim organisations.

The leaders who met at Nairobi's Jamia Masjid reiterated that the aspirations of Muslims which had been provided for in the present constitution and the Bomas Draft were expunged from the Wako Draft. They particularly took issue with the Attorney General Amos Wako whom they accused of doing away with the elaborate article on Kadhis courts' and replacing it with Religious courts.

They said Wako's proposals now make it much easier for the courts which have been maintained in the constitution since independence, to be thrown out of the document. "There are no Kadhis courts in the Wako Draft. They have been included only in name to hoodwink Muslims," said Sheikh Khalfan Kharnis, the chairman of the Majlis Ulamaa Kenya (Council of Muslim Scholars of Kenya.) Sheikh Khalfan revealed that the courts are planned to be phased within six months after the new constitution comes into force.

The statement further stated that the document was crafted to appease the "anti-Muslim arm of the church and state which had all along been vocal against the inclusion of the courts in the proposed constitution."

Unlike the current constitution and the Bomas Draft which had categorically stated that the courts are for Muslims and are to be administered only by those who are qualified in Islamic law, the Wako Draft does not state anywhere that the courts are for Muslims. This aspect was cited by leaders who said that it will be an opening for Churches who had vowed to have the courts removed to legally challenge their existence.

Additionally, they said the Draft, if passed in its present form, would deny the rights and freedoms of Kenyans guaranteed in the constitution. In particular, they said, it has created a dangerous precedent opening up a leeway for the draconian and until now unconstitutional Suppression of Terrorism Bill to be passed.

The government had on a number of occasions after coming under intense pressure from the United States, tried to have the Bill sail through Parliament but failed as it was clearly seen to be against the laws of the country.

Continued To Page 2

Draft Oppressive to Muslims

Continued From Page 1

Now with a new provision in Article 34 (iv) on the limitations of rights which was sneaked in by the AG, it will make it easy for the government to have the Bill passed to please the donors for the much needed donor funding. The article states: "A right of freedom set out in the Bill of Rights may be limited only by the protection of national security, public order, public morality or public health."

The Bill was heavily criticized by human rights and Muslim groups who were emphatic that it was specifically targeted against suppressing Muslims as part of the American "war on terror."

Sheikh Khalfan stressed that Muslims will never give up their rights and will continue to ensure that their inherent rights are fully protected under the law.

"By this statement, we are mobilizing all Muslims not just to vote NO at the referendum but to adopt a stance of active defence of our rights and all those mustadhifina (weak) people in Kenya," he said in the statement. Overall, the leaders stressed that the proposed document failed to reflect faithfully the views of Kenyans who wanted to take control of their lives in a people driven constitution. They said an elaborate devolution which had been proposed by Kenyans was watered down to an 'ambiguous de-concentration'.

Also the rights of the marginalised and minority groups were also deleted wholesale from the Draft. In addition, the elaborate rights of those in custody which included having their rights of worship respected have all been done away with, despite the fact that they were neither contentious issues nor were they recommended to be expunged from the document.

The statement warned that the AG had created a fertile ground for confusion and crisis in the new constitution which threatens to bring chaos in the country. "Wako went beyond the mandate given to him by law, changed things which were not contentious and did what he was expressly prohibited by Parliament," said the 3-page statement.

While reaching a decision, the leaders were guided by a team of constitutional experts from Nairobi and Mombasa who were mandated to study and scrutinize the Bill and give Muslims an informed choice on the proposed laws of the country.

Among those in attendance at the press conference held after Friday prayers were Abdillahi Abdi the chairman of the National Muslim Leaders Forum, Sheikh Muhammad Dor, the secretary general of the Council of Imams and Preachers of Kenya (CIPK), Sheikh Ali Abdallah El Maawy, the chairman of the Kenya Assembly of Imams and Ulamaa (KAULI), Muhammad Farouq Adam, the vice chairman Jamia Masjid and Yusuf Murgu, the Nairobi vice chairman of the Supreme Council of Kenya Muslims (SUPKEM)-Nairobi branch.

Go for a BIG NO on Monday, says Chief Kadhi

The Chief Kadhi has urged Muslims to come out in large numbers on Monday and vote for No to reject the proposed constitution. Sheikh Hammad Kassim warned that if the draft was to sail through, for the next fifty or hundred years, Muslims will be living in a state of subjugation.

He emphasized that it was a duty upon every Muslim who possessed a voter's card to ensure that the rights of Muslims are not trampled upon. While urging for a No vote, the Chief Kadhi observed that the proposed document was a grave danger to the interests and aspirations of Muslims in the country.

He advised Muslims not to be misled by those who are claiming that the draft could be amended at a later stage, saying that once it goes through, it will be difficult to be amended.

"We are not happy with the document because its contents does not reflect the opinions of Muslims in the country," he said.

Sheikh Hammad made the remarks while addressing the congregation during last week's Friday prayers at Jamia Masjid Nairobi.

In his sermon, he said that the document which the Attorney General Amos Wako prepared was totally different from what Kenyans had suggested during the constitutional process.

He once again dismissed calls for his resignation and said that as a Kenyan citizen, he too was entitled to air out his views on issues of

national importance. He affirmed that he will not be intimidated by anyone for speaking out against the Draft which he said should not be allowed to go through as it had grave implications on the Muslim community.

Several cabinet ministers allied to the banana camp had called for the Chief Kadhi to resign due to his opposition to the proposed constitution. At one point Foreign Affairs minister Chirau Makwere said that he will sack him and replace him with one of his own Digo tribesmen.

Sheikh Hammad rejected the idea that the proposed constitution was a government project and said if it was the case; it could have just been approved and passed like any other project of the government.

He announced that he was firmly behind the decision

announced by the Majlis Ulamaa Kenya and said that the decision was reached after a careful analysis which revealed that supporting the Wako Draft will have adverse effects on the community. The nation will go for the referendum, the first of its kind in the history of Kenya on Monday November 21.

The day has been declared a public holiday to enable registered voters to cast their votes. Virtually all Muslim organization have expressed their strong opposition to the document and they have all urged Muslims to come out in large numbers and ensure that the draft does not sail through.

**Annexe 13. Brochure d'information sur les tribunaux de Kadhi produite
par la Constitution of Kenya Review Commission**

Constitution of Kenya Review Commission

FACT SHEET ON THE KADHIS COURTS

ISSUES AND FEARS EMERGING IN THE KADHIS COURTS DEBATE

In brief, the following are the issues and fears raised in the Kadhis Courts debate:

1. That Article 9 of the Draft provides for the separation of State and Religion and as such no religion should receive preference in the Constitution;
2. That in providing for the Kadhis Courts, the draft Constitution is recognizing and promoting one religion as opposed to the others;
3. That in providing for the Kadhis Courts, the draft Constitution is discriminative and violates the constitutional principle of equal treatment of all religions;
4. That the Kadhis Courts cannot be separated from Islamic religion;
5. That providing for the Kadhis Courts is likely to open the gates to the introduction of the Sharia law in this Country;
6. That providing the Kadhis Courts in the Constitution and having Kenyan Muslims to pay taxes to run them is unjustified and unconstitutional;
7. That even if Kadhis Courts can be provided for in ordinary legislation,

8. That the Kadhis Courts should not be public institutions but should be left as religious institutions fully managed and operated by the Muslims.

FACTS AND CLARIFICATIONS ON THE KADHIS COURTS ISSUE

1. A Constitution in design is a broad framework of principles, the details of which are to be supplied by ordinary legislation;
2. The Kadhis Courts are part of the Current Constitution (Cf. Section 66);
3. The Bomas Draft contains only two articles on the Kadhis Courts. Article 198 provides for the establishment of the Kadhis Courts while Article 199 provides for their jurisdiction; which is limited to marriage, divorce, inheritance and succession in cases where both parties profess Islamic faith;
4. The Separation of State and Religion means that first, the state is prohibited from setting up a state religion and Second, that the state is completely proscribed from impeding or interfering with the free practice of religion;
5. The Kadhis Courts are instruments of the judiciary because they are the mechanisms that facilitate the

enjoyment of the Constitutional right to administer Muslim personal law;

6. The possibility of introducing Shari'a law has been superseded by establishing and setting out the jurisdiction of the Kadhis Courts in the Constitution;
7. The Kadhis Courts were a request presented to the Commission by the Muslim community. There was no opposition to the establishment of the Kadhis Courts at the time of collection of the views;
8. There are many specialized courts in Kenya which are not generally used by all Kenyans. These Courts include the Rent Tribunal, Court Martial, The Industrial Court, The Business Tribunal, Environmental Tribunal e.t.c. These Courts are financed from public resources. The Kadhis Courts are also specialised Courts;
9. Whether the Kadhis Courts are established in the Constitution or an Act of Parliament, their running must be financed from public resources;
10. A good constitution is one that serves to allay fears and misgivings and protects the minority from oppression by the majority while ensuring that the majority has its way;
11. The Kadhis Courts question is an issue that goes to the integrity of the Kenyan Nation. It would be wrong to deny the Muslims the right which they have

enjoyed over centuries and which they have not abused. To ask the Muslims to give up this right would be a very grave sacrifice to ask for;

12. The resolution of the Kadhis Courts question should be undertaken without emotions and fears to ensure that the final document unites rather than divides the Kenyan people.

PROPOSED WAY FORWARD

1. An article be put in the Constitution to allow Christians and other Faiths to establish tribunals/courts to deal with their personal law;
2. Educate people on the correct status of Kadhis Courts in the current Constitution as well as the Bomas Draft; and,
3. Create opportunity for the various stakeholders to come together and share information on the Kadhis court, and build consensus.



Constitution of Kenya Review Commission

Kencorn House, 2nd Floor
P.O. Box 10526 Nairobi
Tel: 343601/2 Fax: 343603
Email: CRCKenya@nbnet.co.ke
Website: www.kenyaconstitution.org

Annexe 14. Exemples d'affaires civiles portées devant divers tribunaux de Kadhi

Garissa

1. Civil Case 47/2007 (divorce)
2. Civil Case 54/2007 (dissolution du mariage)

Kisumu

3. Divorce Case 13/2005 (dissolution du mariage)
4. Divorce Case 5/2006 (dissolution du mariage)

Lamu

5. Civil Suit 26/2006 (dissolution du mariage, entretien, dot)
6. Civil Suit 27/2006 (restitution des droits conjugaux, entretien ,dot)
7. Civil Case 54/2006 (question matrimoniale)

Malindi

8. Miscellaneous Application 53/2005 (héritage)
9. Civil Suit 5/2006 (garde des enfants)
10. Civil Suit 39/2006 (garde d'un enfant)
11. Civil Suit 47/2006 (garde des enfants, entretien, période d'*Edda*, dot)
12. Civil Case 49/2006 (héritage)
13. Civil Case 54/2006 (dot et entretien pour la période d'*Edda*)

Mombasa

14. Civil Suit 9/2003 (héritage)
15. Civil Case 104/2004 (dissolution du mariage, dot, entretien, coûts de l'affaire)
16. Civil Case 281/2004 (entretien, *Edda*, frais divers)
17. Civil Suit 298/2004 (garde des enfants, *Edda*, coûts de l'affaire)
18. Civil Suit 30/2005 (question matrimoniale)
19. Succession Cause 41/2005 (héritage)
20. Civil Case 97/2005 (garde des enfants, entretien, *Edda*)
21. Civil Case 117/2005 (dissolution du mariage, garde et entretien des enfants)
22. Civil Case 177/2005 (question matrimoniale)
23. Civil Case 219/2005 (question matrimoniale)
24. Civil Suit 221/2005 (dissolution du mariage)
25. Civil Suit 20/2006 (dissolution du mariage)
26. Succession Cause 90/2006 (héritage)
27. Civil Suit 115/2006 (divorce, entretien, dot), *affaire auprès du Chief Kadhi*
28. Civil Suit 258/2006 (dissolution du mariage, restitution des biens)

Nairobi

29. Civil Case 55/2004 (divorce, entretien et garde des enfants)
30. Civil Case 15/2005 (dot, frais de maternité et autres soins)
31. Civil Case 128/2005 (divorce et garde des enfants)
32. Civil Case 129/2005 (dissolution du mariage et garde des enfants)
33. Civil Suit 132/2005 (divorce et garde des enfants)
34. Civil Case 9/2006 (certificat de divorce, entretien pour la période d'*Edda*)
35. Civil Case 12/2006 (divorce)

- 36. Civil Case 13/2006 (héritage)
- 37. Civil Case 28/2006 (divorce)
- 38. Civil Case 29/2006 (divorce)
- 39. Civil Case 32/2006 (divorce, entretien pour la femme et son enfant)
- 40. Civil Case 61/2006 (conciliation)
- 41. Civil Case 62/2006 (conciliation)

Nyeri

- 42. Civil Case 6/2002 (héritage)

GARISSA

1. Civil Case 47/2007

Kuresha Idriss Hassan (plaignant) vs Arab Hassan Dabar (répondant)

Objet : Divorce.

Affaire ouverte le 23 février 2007 et jugée le 21 mars 2007.

Les parties n'ont pas d'avocat.

Le couple s'est marié en novembre 2005, avec une dot de quatre dromadaires, qui n'a pas été payée. Les époux n'ont pas eu d'enfant.

La femme a déposé plainte au motif que son époux est impotent et ne peut donc pas lui donner d'enfant. Elle ne souhaite plus vivre avec l'homme car elle explique être encore jeune et souhaiter avoir des enfants. Elle accuse également le répondant de la battre sans raison. Elle explique que les « Elders » sont intervenus mais que cela n'a servi à rien, dans la mesure où son époux a refusé de divorcer.

Une audition se déroule le 7 mars 2007, mais seule la plaignante est présente (le Kadhi m'explique que le répondant ne s'est jamais présenté devant son tribunal, probablement en raison du mépris dont il souffrirait de la part de la communauté, vu le motif de la plainte). La plaignante s'exprime en somali :

« Je suis la femme de l'accusé. Nous nous sommes mariés selon les lois musulmanes, avec une dot d'un montant de quatre dromadaires. Cette dot n'a pas été payée. Le mariage n'a été béni par aucun enfant, en raison de l'impotence de mon mari. C'est la raison pour laquelle j'ai demandé le divorce ».

Le 20 mars, deux témoins sont invités par la plaignante à s'exprimer devant le tribunal. Le répondant est toujours absent.

Le premier témoin prend la parole (il s'exprime en somali) :

*« Je m'appelle Hassan Negaye. Je suis un homme adulte et un leader communautaire, venant du village de Shomondie. Le Chief de la zone nous a présenté l'affaire et le problème en question nous a été révélé il y a quatorze mois. La plaignante affirme que son mari est impuissant et le répondant a confirmé n'avoir jamais eu de relations sexuelles avec son épouse (la plaignante). Le père de la plaignante a suggéré le paiement du *Khul*, mais le père du répondant l'a refusé ».*

C'est ensuite au tour du second témoin de s'exprimer :

« Je m'appelle Maalim Burhan Sheikh Barre. J'ai essayé de résoudre le problème par une solution religieuse et j'ai eu la confirmation du répondant qu'il a cherché à trouver une solution au problème, mais sans succès. La raison qu'il m'a donnée à son impuissance est que son épouse crie. Mais la plaignante a promis de coopérer si son époux ne peut pas la satisfaire sexuellement. Ceci est le second mariage de l'accusé. Il a eu le même problème lors de son premier mariage, ensuite il a divorcé. Il n'y a aucun espoir de réconciliation des époux ».

Le Kadhi rend un jugement le 21 mars 2007. Une fois de plus, seule la plaignante est présente.

The parties in this suit are Muslims by faith and married according to Islamic Sheria at a dowry of four camels, not paid. They got married more than a year and no procreation was enjoyed. The plaintiff prayed the marriage be dissolved on grounds of cruelty and impotence.

Sexual enjoyment deprived as the husband failed to play sex with his partner. The defendant was called in court and did not respond by legal representation. Thus the hearing continued in his absence. The plaintiff presented her witnesses P.W.1, Hassan Negaye, confirmed that the case was presented before her and elders at family level, but the result of that reconciliation was negative. The claim of impotence was mentioned and also separation of the Nikah with *Khul*, but the defendant and his father refused and hid themselves in the countryside. P.W.2, Sheikh Burhan, as a religious leader and Imam of Jasanded mosque, confirmed that he attempted to solve the case as a religious leader and confirmed the defendant doubted the number of times he played sexual intercourse with one or twice of the whole period of more than one year. There was no cross-examination from the defendant's side. The challenge had been to know from the defendant's side and only side considered as complete for legal support is the plaintiff's side. Therefore, the marriage is dissolved as asked by the plaintiff. The plaintiff is to collect the divorce certificate.

2. Civil Case 54/2007

Saadia Burale Dagane (plaignante) vs Mahadh Ali Loka (répondant)

Objet : Dissolution du mariage.

Affaire ouverte le 5 mars 2007 et jugée le 20 mars.

Le couple s'est marié selon le droit musulman environ un an et demi avant le dépôt de la plainte et les parties ont eu une fille, Salma Mahadh Ali, âgée de 9 mois et sous la garde de sa mère.

Dans sa plainte, la femme explique son époux a échoué assurer sa propre subsistance mais aussi celle de leur enfant. Elle demande donc la dissolution de son mariage et ses droits conjugaux. La plainte est accompagnée d'une lettre du Chief de Madogo (district de la Tana River), datée du 1^{er} novembre 2006. Dans ce courrier, le Chief explique que le couple a été marié pendant un an, mais n'a vécu ensemble que pendant un mois et que la femme habite depuis séparément, chez ses parents et avec sa fille. La femme se plaint de manque de nourriture et de vêtements et dit qu'elle ne jouit pas de ses droits conjugaux. Après avoir discuté avec les « Elders », il a été conclu que Mahadh devrait divorcer. Cette décision a été rendue trois mois avant la lettre du Chief, mais l'homme n'a jamais quitté sa femme. C'est pourquoi le Chief a référé la question au Kadhi.

Une audition se tient le 20 mars, en présence des deux parties.

La plaignante fait sa déposition.

« Je m'appelle Saadia Burale Dagare. Je suis l'épouse légale du répondant. Nous nous sommes mariés en respect du droit musulman, avec une dot de deux génisses, qui n'ont pas été payées. Le mariage a été béni d'un enfant, toujours en âge d'allaiter sa mère. Le problème est que mon époux ne me procure ni nourriture ni vêtements. Le matelas qu'il a fourni provient d'un membre de sa famille, mon beau-frère, le lit de son autre femme. En plus de cela, il m'insulte et je n'ai rien reçu de sa part depuis un an et demi. C'est pourquoi je demande à ce tribunal de dissoudre notre mariage ».

Le répondant s'exprime ensuite :

« Mon nom est Mahadh. La plaignante est mon épouse et la mère d'un jeune enfant, qui est sous sa garde. La dot sur laquelle nous nous étions mis d'accord était de deux dromadaires. Elle n'a pas encore été payée. Mais elle y a renoncé (*musalmahr*). Le problème est qu'elle est devenue désobéissante et qu'elle a demandé le divorce. Elle a quitté le domicile conjugal.

Toutes les tentatives des « Elders » pour résoudre le problème ont échoué. Elle a été influencée par d'autres, mais je ne vais pas divorcer, à moins qu'elle ne me redonne l'enfant ».

Le jugement est prononcé par le Kadhi le même jour :

Upon hearing both sides I herefore enter judgment as prayed by the plaintiff as *Khul*.

The defendant to pronounce the divorce. The child to be under mother's custody until further order. I further order the plaintiff to collect her divorce certificate.

KISUMU

3. Divorce Case 13/2005

Huriya Mohamud Mohamed (plaignante) vs Abdi Abdullahi (répondant)

Objet : Dissolution du mariage.

Affaire ouverte le 21 décembre 2005 et jugée le 24 mars 2006. Affaire sans avocat.

Ce couple s'est marié en avril 2005, selon le droit personnel musulman. Au moment de la déposition de la plainte, le couple n'a pas d'enfant, mais la plaignante est enceinte de sept mois.

La plainte est déposée en raison du comportement de l'époux qui, d'après les termes de la plaignante, fait preuve de cruauté et provoque des disputes continuelles au sein de leur ménage (« The respondent herein (the male couple) became hostile, while continuously harassing and assaulting the petitioner (...) there exist no tranquility in our marital house due to persistent cruelty and dispute »). Le répondant est également accusé de ne pas entretenir sa femme et de l'avoir laissée sans toit.

Pour ses raisons, la plaignante demande :

- 1. La dissolution du mariage ;*
- 2. Le paiement de sa dot ;*
- 3. L'entretien pendant et après sa grossesse ;*
- 4. Toute autre assistance jugée appropriée par le tribunal.*

Pour sa défense, le répondant nie les accusations de la plaignante et demande au tribunal de :

- 1. Déterminer si les accusations sont vraies ou fausses ;*
- 2. Demander à son épouse de revenir au domicile conjugal ;*
- 3. Ne pas prononcer le divorce.*

Le 16 janvier 2006, une audition a lieu, en présence des deux parties.

Déposition de la plaignante :

« Mon nom est Huriya Mohamud Mohamed. J'ai été mariée au répondant le 15 avril 2005. Le 12 mai était le jour de la cérémonie. Le 15 juillet 2005, je me suis rendue à Nairobi. Notre mariage a été pacifique deux mois seulement. Ensuite, notre union a été ruinée par les disputes et a été perturbée. Il a insulté ma famille et mes frères. Il m'a aussi frappée sur le menton et depuis j'ai un problème avec mes dents, en raison de la blessure. J'ai quitté notre maison matrimoniale le 6 décembre 2005 et depuis j'ai seulement reçu 10,000 Shillings. Je suis enceinte de 8 mois. Je prie pour la dissolution de notre mariage, en raison de sa cruauté, le manque d'entretien suffisant, ses insultes et l'absence de tranquillité ».

Réponse du répondant:

« Je jure que toutes ses allégations sont fausses. Nous nous sommes mariés en avril et après un mois, elle a quitté notre domicile, affirmant qu'elle se rendait au domicile de Mumin ... (*nom illisible*). Elle a quitté la maison matrimoniale de nouveau en juillet 2006, pour se rendre au même endroit. Je l'ai envoyée chez son frère parce qu'elle était à un stade avancé de grossesse. Elle a été absente pendant trois mois. Elle m'a menacé de ne pas revenir et a insulté mes parents. Vers octobre 2005, elle m'a annoncé qu'elle ne pouvait pas vivre avec moi et a demandé le divorce. J'ai refusé, mais elle a insisté. J'avais l'habitude de lui donner tout ce qu'elle souhaitait. J'ai besoin de ma femme et je l'aime. Je lui ai donné 1,800 Shillings et je lui ai de nouveau donné 2,000 Shillings dernièrement, le 18 janvier 2005. Aucun ménage harmonieux ne peut résulter de la situation de notre mariage ».

Le Kadhi ajourne alors la séance jusqu'au 6 février, date à laquelle il rendra un arrêt. En attendant, il ordonne au répondant de donner à la plaignante 2,000 Shillings pour son entretien pour cette période. L'arrêt est donc rendu le 6 février :

On this 6th day of February 2006 and after hearing the allegations and counter allegations of both the petitioner and the respondent, this court hereby decided the suit as hereunder:

- That both the parties failed to produce to this court witnesses and evidence to support their allegations for reasons known to them.

- That it is clear from their attitude and relation that they failed to establish a healthy matrimonial house.

- That this court also notes that the petitioner is almost to deliver and only few days are to be counted for her to empty her belly.

- That, therefore, this court for the interest of both the couple and their expected child to be, hereby decided to withhold temporarily the dissolution of their marital bound, which seems to be imminent, for one and a half month while living separately.

- That further the court orders the respondent herein Mr. Abdi Abdullahi to:

- (a) Pay a monthly provision of Ksh. 4,000/- to the petitioner with effect from today

- (b) That the respondent is hereby ordered to get a shelter for the petitioner as quickly as possible i.e. within a week time due to the demand of her condition

- (c) That the respondent Mr. Abdi Abdullahi shall prepare all the requirements for the respondent delivery and maternity expenses in addition to the child's needs.

- That the parties herein are ordered to appear to this court on 23rd day of March 2005 for revisit to their marital bound.

Delivered on this 6th day of February 2006 at the Kadhi's chamber by R.A. Omar.

Le 24 mars 2006, en présence des deux parties, le Kadhi rend son jugement :

On this 24th day of March 2006 this court enters its judgment on the suit as follows:

- That the petitioner herein Mrs. Huriya Mohamed has filed a petition against the respondent Mr. Abdi Abdullahi, which was supported by a verifying affidavit.

- That in her petition Mrs. Huriya Mohamed cited several marital abnormalities between her and her male couple those ranging from hostility, harassment, assault and persistent cruelty, hence rendering their marital house lacking tranquillity.

- That for the above reasons the petitioner seeks:

- (a) Dissolution of the marital bound between her and the respondent

- (b) Payment of her deferred dowry of 500US\$ equivalent to Ksh.36,000/- as per the current market rate

- (c) Maintenance before and after her delivery

- (d) The cost of this suit.

- That the respondent in his defence termed the petitioner allegations as false and baseless and that he loves his wife and she shall be compelled to return to her matrimonial house, contrary to what he further states in his replying affidavit that the court shall terminate the divorce, which is meaningless.

- That both the couple herein have concurred in the issue of the existence of several attempts to arbitrate the dispute by elders but all ended without a solution.

- That Mr. Yassin Mohamed who is the only witness to this cause mentioned arbitration between the couple by elders for two times December last year 2005.

- That in the 1st arbitration they managed to return the petitioner to her matrimonial house, which was aborted by the couple within two weeks.

- That the 2nd attempt of arbitration by elders resolved that the only solution to the problem was an imminent divorce, which was objected to by the respondent Mr. Abdi Abdullahi.

- That further the petitioner, Mrs. Huriya, in her statement to this court, prays for a divorce to save her from such a doomed marital bond. While the respondent, Mr. Abdi, on his part, told the court that he does not expect the continuity of their marital bond to yield any healthy environment and change of the current prevailing situation.

In the above circumstances, this court has a very reason to believe that the matrimonial bond of the couple is marred by wrangles and lack of peace and tranquillity whereas the sweetness of their marriage was short-lived only after 2 months.

The court further found out that the dispute between the couple has exhausted the four prescribed stages of arbitration as stipulated by the marital legal system in the Quran since Elders' arbitration is the final stage of those legal steps in solving the dispute of marital nature.

Therefore, this court finds no room for the continuity of the marital bond between the parties herein for Islamic law cannot yoke together two rebellious souls. Consequently I hereby impose the dissolution of the marital bond between the couple herein with effect from today's date by way of *Faskh*, which is a legal system empowered by the couples, their relatives and kins.

ORDERS:

The court in conclusion makes the following orders:

- That there shall be no *Edda* for waiting period for the petitioner for her to observe since the laid reasons for the *Edda* is never applicable in her case.

- That the parties herein are directed to solve the fate and custody of their minor before they leave this court.

- That the respondent herein is to pay the petitioner's deferred dowry, which is Ksh.36,000/-, in addition to the cost of this suit of 4,000/-, all making up to a total of Ksh.40,000/- for the legal rules held that whoever delays the payment of a right shall be forced to pay it under all circumstance.

- That the payment shall be made within 30 days with effect from today's date of 24th day of March 2006.

Delivered on this 24th day of March 2006 by R.A. Omar at his chambers.

Remarque : le dossier contient également le témoignage de Yassin Mohamed Mohamud, pour la plaignante :

« Il y avait deux différends et nous avons décidé de mener un arbitrage entre les parties. Nous sommes parvenus à un accord selon lequel la plaignante était sensée retourner chez elle. Ceci était en décembre 2005, mais après deux semaines, elle a de nouveau quitté le domicile conjugal. Et nous avons tenté de mener un nouvel arbitrage. Nous avons siégé au bord de la rivière, avec les Anciens et deux membres du clan. Le répondant a été sommé de divorcer au

motif que la fille ne voulait plus vivre avec lui. Nous avons donc proposé une dissolution du mariage par le biais du *Khul*. Le répondant a refusé cette proposition. Je n'ai rien d'autre à dire ».

Observations faites le 24 mars 2006.

L'audition se fait essentiellement en langue somali, car les deux parties, ainsi que le Kadhi, sont somali et dans la mesure où la femme ne parle pas anglais et très peu swahili. Après avoir rendu son jugement, le Kadhi pose la question de la garde de l'enfant des parties. La femme dit qu'elle n'a pas de domicile propre et qu'elle ne sait pas quoi faire. Le père ne veut pas la garde de leur enfant. Il propose de donner 2,000 Shillings par mois à sa femme pour qu'elle garde l'enfant. Il affirme ne pas être en mesure de payer plus. La femme ne voit pas d'objection à ce que l'enfant reste avec son père car elle n'a pas de maison et 2,000 Shillings ne suffisent pas pour entretenir son enfant. Le Kadhi demande aux parties de chercher un accord sur la garde de l'enfant, mais la femme continue à affirmer que 2,000 Shillings ne suffisent pas et le père ne veut pas de l'enfant. Les deux parties refusent la garde de l'enfant, au motif qu'ils n'ont pas assez de moyens. L'ex-mari demande deux semaines pour discuter du problème avec son ex-femme.

4. Divorce Case 05/2006

Ayan Abdi Sheikh (plaignante) vs Abdi Dahir Mohamud (répondant)

Objet : Dissolution du mariage.

Affaire ouverte le 7 mars 2006 et jugée le 27 mars 2006. Affaire sans avocat.

Ce couple s'est marié en novembre 2002 à Eldoret, selon le droit islamique. Dans sa plainte, l'épouse demande la dissolution de son mariage, en raison du comportement de son époux, qui ne l'entretient pas correctement et nie ses droits conjugaux. En conséquence, elle demande :

- 1. La dissolution de son mariage ;*
- 2. Le paiement de sa dot, d'un montant de 10,000 Shillings ;*
- 3. 9,000 Shillings pour une période de mise à l'essai ;*
- 4. Toute autre assistance jugée appropriée par le tribunal.*

Le 23 mars 2006, en présence des deux parties, la plaignante fournit une demande pour un jugement interlocutoire, en raison de l'échec du répondant à fournir sa défense dans les temps. Cette demande lui est concédée par le Kadhi et le jugement est fixé pour le 27 mars 2006.

Le jugement est effectivement rendu le 27 mars 2006, en présence de la plaignante, accompagnée de son frère, mais en l'absence du répondant.

Le 27 mars, une audition de la femme se tient en Somali, mais le Kadhi traduit :

« Mon nom est Ayan Abdi. J'étais mariée à Abdi Dahir qui m'a épousée en novembre 2002 à Eldoret. Nous avons été bénis de deux enfants. Ils vivent avec sa famille à Kismayo, en Somalie, parce que l'homme ne s'est jamais occupé de ses enfants. J'en ai informé les membres de sa famille, spécifiquement Haji Issa, Abdirahman Mohamed et Hussein Arte. Ils ont réussi à nous réconcilier trois fois, mais pas sur la question des enfants. L'homme boit et fume de la marijuana. Il ne me nourrit jamais et ne me fournit pas de vêtements. Je n'ai pas non plus de logement. Je prie pour la dissolution du mariage, le paiement de ma dot, d'un montant total de 14,000 Shillings ».

Le même jour, le Kadhi rend son jugement :

The Defendant herein was served but never entered appearance to defend him. Consequently the petitioner herein applies for interlocutory judgment. Therefore this court hereby grants her her pray and orders the dissolution of the marriage between her and the defendant herein Abdi Dahir. Further, the court orders the respondent to pay the petitioner her dues of deferred dowry Ksh. 10,000/- and the court cost of Ksh. 4,000/-, amounting Ksh. 14,000/-. The respondent is given 14 days to appeal and/or pay the above prescribed amount within 30 days with effect from this day date of 27th day of March 2006. Thus the respondent Abdi Dahir is declared to be a judgment debtor. Delivered and dated this 27th day of March 2006 at the chamber of the Kadhi.

Observations faites le 23 mars 2006, lors de l'audience de la plaignante : le Kadhi semble mal connaître les règles de procédure civile, qu'il est pourtant sensé appliquer. Ce jour-ci, les deux parties sont convoquées pour une audience, alors que le mari n'a pas établi sa défense.

Observations faites le 27 mars 2006, lors du rendu du jugement : seule la femme est présente, accompagnée par son frère. La séance se tient en Somali car la femme ne connaît ni l'anglais, ni le swahili. Mais il n'y a pas de traducteur, donc le Kadhi tient sa séance en Somali, puis traduit en anglais dans le dossier. La séance se tient dans le bureau du clerc (en raison de la présence de la Cour d'Appel pour une semaine, le bureau du Kadhi est occupé par un juge d'appel). La séance est interrompue à plusieurs reprises par d'autres personnes, venues pour poser des questions.

LAMU

5. Civil Suit 26/2006

Rukia Kame (plaignante) vs Yusuf Walale (Répondant)

Objet : Dissolution du mariage, entretien dot.

Affaire ouverte le 19 mai 2006. Les parties n'ont pas d'avocat.

Le couple s'est marié en mars 2005, selon les règles du droit islamique, avec un accord pour une dot de 7,000 Shillings, qui n'a pas été payée. Le mariage n'a pas été enregistré.

Dans sa plainte, la femme explique que, après cette union, le couple vécut ensemble, au domicile conjugal, à Kiwayuu. Mais le répondant n'était pas en mesure de fournir à son épouse des vêtements ou un logement salubre. En raison de cela, la plaignante souffre physiquement et a été contrainte de s'endetter pour acheter de la nourriture : elle a dû emprunter 4,000 Shillings, qu'elle n'a jamais remboursés. Après quelques mois, le répondant a trouvé du travail à Lamu, où il a déménagé. Il a alors également forcé la plaignante à le suivre. Mais à Lamu, les problèmes ont persisté, son époux ne fournissant à la plaignante ni vêtements, ni logement convenable. La plaignante explique alors qu'elle est enceinte et que, en l'absence du soutien financier que son époux devrait lui fournir, elle demande la dissolution de leur mariage, sa dot de 7,000 Shillings, le paiement de sa dette de 4,000 Shillings, son entretien depuis avril 2006, son certificat de mariage, le remboursement des coûts de l'affaire et toute autre assistance jugée appropriée par le tribunal.

Le répondant fournit sa défense le 22 août 2006. Il réfute en bloc les allégations de la plaignante et affirme que c'est cette dernière qui a quitté, de sa propre initiative, le domicile conjugal, avant de se rendre à Lamu sans sa permission. Il explique alors que, étant donné que son épouse l'a quitté pour se rendre à Lamu, il l'a répudiée le 10 avril 2006, divorce qu'il a ensuite rapporté à l'Assistant Registrar of Marriages and Divorces, au Chief de Ndau et à l'Assistant Chief de Kiwayuu. Il affirme qu'au moment de leur union, la dot sur laquelle

ils s'étaient mis d'accord s'élevait à un montant de 1,000 Shilling, qu'il a payé devant Mohamed Haji comme témoin. Il nie avoir connaissance que la plaignante s'est endettée. Pour toutes ses raisons, il demande un non-lieu.

Une audition se tient le 26 septembre 2006, en présence de la plaignante uniquement. Elle fait sa déposition en swahili. Une nouvelle audition se tient le 31 octobre 2006, cette fois-ci en présence seulement du répondant. Les deux parties sont de nouveau devant le tribunal le 1^{er} novembre 2006. Le répondant contre-interroge la plaignante, puis un témoin de la plaignante est entendu (Mohamed Mohamed Badru). Le 22 janvier 2007, une dernière audition a lieu, lors de laquelle trois autres témoins s'expriment pour la plaignante (Omar Zaid, Harun Juma et Tima Kame, cette dernière étant la sœur aînée de la plaignante). Le même jour, le répondant fait également sa déposition. Enfin, le 20 février 2007, le seul témoin du répondant (Mohamed Haji) est interrogé.

Le Kadhi prononce son jugement le 6 mars 2007 :

On the 19th day of May 2006, a one by the name of Rukia Kame lodged her complain by way of a plaint, who shall here-in-after be referred to as the plaintiff, against a one by the name of Yusuf Walale, who shall here-in-after be referred to as the defendant.

The plaintiff married the defendant in March 2005 at a dowry of 7,000 Ksh, which has not been paid. The couple has their matrimonial home in Kiwayuu. The defendant provided inadequate maintenance, clothing and shelter. This forced the plaintiff to take food from a shop on credit, which totaled to 4,000 Ksh. Later, the defendant came to Lamu and asked the plaintiff to join him. He rented a house. But still, he provided inadequate maintenance, clothing and shelter. The defendant stopped to go to sleep with her. The plaintiff now is pregnant.

In her prayer, she seeks judgment against the defendant for:

- dowry of 7,000 Ksh
- debt of 4,000 Ksh
- maintenance, since April 2006
- registering their marriage
- dissolution of their marriage
- costs
- other orders deemed fit to grant

On the 2nd day of June 2006, a summons to enter appearance was issued. It is not known when the defendant was served as there is no return of service on record.

On the 29th day of June 2006, the defendant entered appearance and on the 22nd day of August 2006 he filed his statement of defence.

In his defence he admitted the descriptive paragraphs of the plaint and denied each and every allegation contained in the plaint and puts the plaintiff to strict proof thereof. It is the defence case that the plaintiff deserted the matrimonial home and came to Lamu without his consent. So, he divorced her on the 10th day of April 2006 and reported the same to the Assistant Registrar of Marriage and Divorce, Chief of Ndau location and Assistant Chief of Kimayuu.

It is further the defence case that their bride price was 1,000 Ksh, which was paid and witnessed by Mohamed Haji. He further states that there is no debt, except a debt of 200 Ksh for the dowry.

It is the defence prayer that hearings be made when schools are closed as he has school going children. The jurisdiction of the court was admitted. The defendant prayed the case to be dismissed with costs.

Upon hearing this case the plaintiff called in four witnesses whereas the defendant called in one witness.

The brief facts of the plaintiff's case is that the plaintiff married the defendant at a dowry of 7,000 Ksh, which have not been paid. Her father is the one who consented to their marriage.

It is the plaintiff's case that the defendant provided inadequate maintenance as follows:-

After the marriage, the defendant maintained her at the rate of 100 Ksh per day for three months, then he reduced the rate to 70 Ksh per day for two days. Then he reduced the rate to 50 Ksh per day for one month. Initially, the couple's matrimonial home used to be at the plaintiff's mother's place. A misunderstanding arose when the defendant found the plaintiff's sister's son, Kombo Bwana, talking to his daughter, Khadija Yusuf, and took the matter to the police. This made the plaintiff's mother to chase the couple from her residence. The defendant was then forced to accommodate the plaintiff at a neighbour's place. The plaintiff stayed in that neighbour's place for 10 days without food and she notified the naibul-Kadhi that she was going to go back to her parents for lack of food. P.W.4, Mrs. Tima Kame, used to assist the plaintiff with food. The day the plaintiff left Kimayuu to Lamu is the day the defendant divorced her. This was the second divorce.

She prayed the defendant to be ordered for:

- a) pay maintenance between "Mfunguo Sita" to "Ramadhan", i.e. 7 months at the rate of 200 Ksh per day;
- b) pay a debt of 4,000 Ksh, being for past maintenance;
- c) pay 16 days' maintenance in "Mfunguo Pili" at the rate of 200 Ksh per day;
- d) pay delivery charges of 1,200 Ksh;
- e) pay 3,000 Ksh spent on a shroud, which was used to burry their child.

On the other side, the brief fact of the defence case is that he divorced the plaintiff for the second time on the 10th day of April 2006. He married the plaintiff at a dowry of 240 Ksh, which was paid. Omar Zaid is the one who officiated their marriage through the plaintiff's father's consent. D.W.1, Mr. Mohamed Haji witnessed the revocation of the first divorce. He was also informed of the second divorce.

The issues to be determined in this case are:

- a) What was the couple's dowry?
- b) Is the plaintiff entitled to past maintenance?
- c) Is the plaintiff entitled to a divorce certificate?
- d) Is the plaintiff entitled to the costs of the suit?
- e) Is the plaintiff entitled to other relief?

Referring to issue (a), what is the couple's dowry, the plaintiff stated that she was married at an agreed dowry of paying a debt of 7,000 Ksh, whereas the defendant stated that he married the plaintiff at a dowry of 240 Ksh, which was paid. The couple did not register their marriage. None of the witnesses from both sides said what was the couple's dowry.

It is stated in the book "A Code of Muslim Personal Law", Vol. 1, by Dr. Justice Tanzil-ur-Rahman on page 220 that: "If there is a dispute between the spouses as to the amount of dower, the wife shall be asked to prove her claim. If she fails to do so, the statement on oath made by her husband shall be accepted, except when he states an amount which cannot normally be supposed to be the dower of a woman of her status. In such a case, the proper dower (*mahr al mithl*) of the wife shall be binding on him".

Now going back to our case the plaintiff shall be required to prove that her dowry was 7,000 Ksh. Should she fail to do so, then the defendant shall be required to take oath that their dowry was 240 Ksh, which was paid.

Referring to issue (b), if the plaintiff is entitled to past maintenance, the plaintiff claimed for past maintenance from "Mfunguo Sita" to "Ramadhan", i. e. 7 months at the rate of 200 Ksh per day and also 16 days in "Mfunguo Pili" at the rate of 200 Ksh per day. The "Mfunguo Sita" claim was in April 2006 and "Ramadhan" was in October 2006.

The defendant in paragraph 4 of his statement of defence stated that he divorced the plaintiff on the 10th day of April 2006. Hence the period which the plaintiff claims, she was not a wife and as such she cannot be provided with the past maintenance.

Referring to issue (c), if the plaintiff is entitled to a divorce certificate. When the couple married, they never registered their marriage. They divorced for the first time but they did not register their divorce. The divorce was after a while revoked. Then later, they had a second divorce which again was not registered.

It is provided in the Laws of Kenya, Cap. 155 “The Mohammedan Marriage and Divorce Registration Act”, Section 9 and 25, that:

9. The parties to a marriage or divorce recognised by Mohammedan law, or if the man or the woman or both are minors their respective lawful guardians shall register such marriage or divorce with an Assistant Registrar within seven days from the celebration of such marriage or the pronouncement of such divorce as the case may be.

25. Any person who being under an obligation to register a marriage or a divorce under this Act fails to do so within the prescribed period, or refuses to state any of the prescribed particulars, or willfully gives false information or particulars for the purpose of registration, shall be guilty of an offence and liable to a fine not exceeding 3,000 Ksh or to imprisonment not exceeding six months, or both such fine and such imprisonment.

It is seen from the above-quoted provision that it is mandatory for a Muslim who is recognised under the Mohamedan Law to register a marriage or divorce within seven days. Failure to that they will have committed an offence, which is punishable under the law. Hence the parties to this case are required to register their divorce, failure to do so the law shall take its course.

Referring to issue (d) if the plaintiff is entitled to the costs of the suit, the court notes that the plaintiff had a good case hence she is entitled to the costs.

Referring to issue (e) if the plaintiff is entitled to other relief, the court notes that the couple divorced for the second time, which divorce is revocable.

It is provided in the book “A Code of Muslim Personal Law”, Vol. 1 by Dr. Justice Tanzil-ur-Rahman on page 282 that: “A wife is entitled to maintenance during her period of probation (Eddah) due on divorce, whether the divorce is revocable or irrevocable...”.

Imam Shafii, however, adds that she is entitled to maintenance only if she has been revocably divorced.

As the court noted earlier that the couple revocably divorced, hence the plaintiff is entitled to maintenance during the probation period.

The word maintenance comprising: food, clothing and residence, etc. The court shall take each item at a time.

Food, w.e.f. the 10th of April to the 10th of July at the rate of 200 Ksh per day, 6,000 Ksh for one month and for three months: 18,000 Ksh.

Clothing for the period of three months: 2,000 Ksh. Residence at the rate of 200 Ksh per month, so for three months: 600 Ksh. The total is 20,000 Ksh.

Order:

- a) The plaintiff to prove that her dowry was 7,000 Ksh. In default the defendant to take oath that the dowry was 240 Ksh.
- b) No order as to the past maintenance
- c) The couple to register their divorce *mutatis mutandis*, with immediate effect, failure of which the law to take its course
- d) The defendant to pay the costs of this suit
- e) The defendant to pay Edda maintenance totaling to 20,600 Ksh.

Read in court before the parties this 6th day of March 2007. The right of appeal is granted within 28 days.

6. Civil Suit 27/2006

Nnashee Mohamed Helef (plaignante) vs Abdulaziz Muhidin (répondant)

Objet: Restitution des droits conjugaux, entretien et dot.

Affaire ouverte le 20 juin 2006 et jugée le 31 juillet 2006. Les parties n'ont pas d'avocat.

Le couple s'est marié selon le droit islamique le 9 avril 2006 à Lamu. La dot consistait en un lit et un placard, qui n'ont pas été fournis.

Dans sa plainte, Nnashee explique que depuis le 12 mai 2006 son époux a déserté le domicile conjugal et ne lui fournit aucune aide financière. Pour ces raisons, la plaignante se dit en grande difficulté, d'autant plus que, au moment où elle dépose sa plainte, elle est enceinte de cinq mois. Elle explique être dans une profonde détresse physique et psychologique. Elle demande donc la restitution de ses droits conjugaux, c'est-à-dire le retour de son époux au domicile matrimonial, ainsi que la prise en charge de ses dépenses et le versement de sa dot. Elle explique encore avoir à plusieurs reprises demandé au répondant de l'aider mais que, en l'absence de tout changement, elle n'a pas eu d'autre choix que de porter l'affaire devant le tribunal. Elle affirme que le répondant est un polygame et qu'il ne la traite pas de manière égale à son autre épouse, alors que c'est ce qui est requis par la Charia.

Le Kadhi rend son jugement le 31 juillet 2006 :

The plaintiff in this case, Mrs. Nnashee Mohamed Helef, lodged her complaint against one Mr. Abdulaziz Muhidin that she married on the 9th day of April 2006 at a dowry of a bed and a wardrobe, which has not been provided. On the 12th day of May 2006, the defendant deserted the matrimonial home, while the plaintiff was five months pregnant. Since desertion he has not provided food, clothing and shelter. In her prayer, she prayed for restitution of conjugal rights, the defendant, being a polygamist, to provide equal share of the days amongst his wives and also to provide past and present maintenance, marriage certificate, dowry (bed and wardrobe), costs and any other relief.

On the same day, a summons to enter appearance was issued and served to the defendant on the 21st day of June 2006. On the 30th day of June 2006 the defendant filed both Memorandum of appearance and defence. In his defence, Mr. Abdulaziz stated that there was no agreement that the dowry be a bed and a wardrobe. On the issue of a child, he found the plaintiff pregnant so the child is not his. On the issue of a marriage certificate, it is the plaintiff who delayed the registration process as she is the one possessing the papers from Sayid Hassan and finally he used to provide maintenance as such as he could.

Upon hearing this case, the plaintiff called in one witness whereas the defendant called in two witnesses.

The brief facts of the plaintiff's case is that the plaintiff married the defendant on the 9th of April 2006 at a dowry of a bed and a wardrobe. The same has not been provided. Her brother Ali Mohammed is the one who consented to this marriage on behalf of their father. Her father had gone fishing at Mokowe. This marriage was solemnized by Sayyid Hassan Ahmed Badawy. The same has not been registered. On the 12th of May 2006 the defendant deserted the matrimonial house. On the 15th of May 2006, the plaintiff looked for the defendant who agreed that he will go back to his matrimonial home. But he did not keep up his words. Later on, the plaintiff sent the defendant's boss, Mr. Kale, to call him. Still, he did not come.

The plaintiff is not provided with maintenance. She feeds at the P.W. 1's place. The said P.W. 1 is Mrs. Husna Athman.

In her prayer, she prayed for: restitution of conjugal rights, the marriage to be registered, 1000 Ksh being house rent for July 2006, maintenance with effect from the 12th of May 2006 at the rate of 200 Shillings per day, dowry and clothing with effect from the 12th of May 2006 at the rate of 2000 Shillings per month.

On the other side, the brief facts of the defence case is that he married the plaintiff in April 2006 at a dowry of 250 Shillings, which has not been paid. The marriage has not been registered. The said marriage was solemnized by Sayyid Hassan through the consent of her brother. By then the father of the plaintiff was at Matondoni. The D.W. 1 & 2 witnessed the couple's marriage. At the time when the marriage was being contracted the defendant was married to the plaintiff as per the agreed dowry. The officiator of the marriage did not pronounce the said dowry when contracting the said marriage.

The purpose of the defendant marrying the plaintiff was to make a covering of the plaintiff's situation as she had lost her virginity. The defendant informed the plaintiff that he had a wife and children, so he was not capable of marrying another woman. The plaintiff seemed to have understood and agreed to persevere. Now, the defendant is surprised to find that he is being sued.

The issues to be determined are:

- a) Is the plaintiff entitled to restitution of conjugal rights?
- b) Has the couple's marriage to be registered?
- c) Is the plaintiff entitled to house rent of 1000 Ksh?
- d) Is the plaintiff entitled to past and present maintenance?
- e) Is the plaintiff entitled to the dowry,
- f) Is the plaintiff entitled to clothing?

Referring to issue (a), if the plaintiff is entitled to the restitution of conjugal rights, the plaintiff stated that after contracting their marriage, they stayed in a rental house here in Lamu. It is the defendant who deserted the matrimonial home on the 12th of May 2006 after staying for a month and three days. He did not have any ground to desert. But the desertion came in after being asked to register their marriage. The plaintiff made an effort to go to look for the defendant. They met, talked and the defendant said that he will go back to the matrimonial home. He did not comply. The plaintiff sent the defendant's boss, Mr. Kale, but still he did not materialize. This is why she was forced to sue the defendant.

It is stated in the book « *A Code of Muslim Personal Law* », Vol. 1, by Dr. Justice Tauzil-ur-Rahman on pages 289-291 that: « the spouses may file against each other for restitution of conjugal rights in a competent court of law and the court in appropriate cases may pass decree for restitution of conjugal rights on such terms and conditions as deemed necessary and proper in the circumstances of each case. Generally, it is considered that it is the husband who may file a suit for restitution of conjugal rights but in fact the wife too has a right corresponding to that of the husband to demand the fulfillment of his marital duties towards her. She has also a right, if the husband has more than one wife, to be treated on terms of strict equality with other wives as enshrined in the Holy Koran and the Sunnah of the Prophet. Marriage confers important rights and entails corresponding obligations, both on the husband and on the wife. Some of these rights are capable of being modified by an agreement freely entered into by the parties, but it should not be contrary to the main obligations arising out of a marriage contract as laid down by the Shariah so as to negate the very object of a marriage ».

From the foregoing provisions it is clear that the wife has a similar right to claim for conjugal right as a husband. Consequently the plaintiff is entitled to the conjugal rights from the defendant.

Referring to issue (b), should the couple's marriage be registered, the plaintiff claims that their marriage had not been registered and when she stressed the need to have registered that

caused the defendant to desert. On the other side, the defendant stated that the piece of note given to them by the officiator of their marriage, Sayyid Hassan Badawy, was in possession of the plaintiff hence unable to register their marriage.

It is provided in the Laws of Kenya « The Mohammedan Marriage and Divorce Registration Act », Section 9 and 25, that:

9. The parties to a marriage or divorce recognised by Mohammedan law, or if the man or the woman or both are minors their respective lawful guardians shall register such marriage or divorce with an Assistant Registrar within seven days from the celebration of such marriage or the pronouncement of such divorce as the case may be.

25. Any person who being under an obligation to register a marriage or a divorce under this Act fails to do so within the prescribed period, or refuses to state any of the prescribed particulars, or willfully gives false information or particulars for the purpose of registration, shall be guilty of an offence and liable to a fine not exceeding 3,000 Ksh or to imprisonment not exceeding six months, or both such fine and such imprisonment.

The defendant herein could not satisfy this court as to why he could not register his marriage within the prescribed days. He married the plaintiff on the 9th of April 2006 and by or before the 15th of April 2006 he ought to have registered his marriage. He stayed with the plaintiff up to the 12th of May 2006, it is to say a month and three days, when he deserted the matrimonial home. And funny enough what caused the defendant to desert the matrimonial home it that he was asked by the plaintiff to register their marriage. The defendant is a polygamist man. Does it mean that he did not want the other wife to find him with a documental evidence that he has another wife? If so, why did he marry in the first instance? For failing to satisfy this court for not registering their marriage, the defendant is liable to punishment.

Referring to issue (c) if the plaintiff is entitled to a house rent of 1000 Shillings, the plaintiff said that the house they had rented, its rent shall be due by the end of this July, which is 1000 Shillings per month.

It is provided in the book « *A Code of Muslim Personal Law* », Vol. 1, by Dr. Justice Tauzil-ur-Rahman, on page 258 that: « *Nafaqah* generally includes food, clothes and dwelling. The husband is bound to provide her a separate house or a separate portion of a house which has an independent entrance and exit... »

As the husband is bound to provide his wife with a separate house and in this case the defendant had rented a house for the plaintiff, then it goes without a saying that the defendant is obliged to pay the house rent of 1000 Shillings being for the rent for the month of July and thereafter 1000 Shillings every month if the rent will stay unchanged.

Referring to issue (d) if the plaintiff is entitled to past and present maintenance, as seen earlier in issue (a) that it is the defendant who deserted the matrimonial home and during the whole of that period he did not maintain the plaintiff.

It is provided in the book « *A Code of Muslim Personal Law* », Vol. 1, by Dr. Justice Tauzil-ur-Rahman, on page 271 that: « The wife shall be entitled to claim payment to her of the proper maintenance expenses for the past period if the husband has neglected or failed to pay ».

Consequently the defendant is obliged to pay maintenance at the rate of 200 Shillings per day with effect from the 12th of May 2006, as follows:

- from the 12 of May 2006 to the 31st of May 2006: 20 days x 200 = 4000
- from the 1st of June 2006 to the 30th of June 2006: 30 days x 200 = 6000
- from the 1st of July 2006 to the 31st of July 2006: 31 days x 200 = 6200

The total is 16200 Shillings.

Referring to issue (e) if the plaintiff is entitled to the dowry, the plaintiff claims that her dowry was a bed and a cupboard. On the other side, the defendant claims that the dowry was 250 Shillings only. The plaintiff's witness does not know what was the couple's dowry whereas

the defence's witness heard during the time when the marriage was conducted that « as per the agreed dowry... ».

It is written in the book « *A Code of Muslim Personal Law* », Vol. 1, by Dr. Justice Tauzil-ur-Rahman, on page 247 that « Where there is no written contract and a dispute between the married parties at any time during their marriage regarding the amount of dower, the *mahr-al-mithl*, of the woman must be taken as the standard by which the respective allegations of the husband and the wife are to be tested... ».

In this case, it was alleged that the plaintiff possessed the note from the officiator containing the particulars of their marriage. The plaintiff is hereby asked to produce the same. Failure to that, then this court shall be forced to apply the principle of *mahr-al-mithl*.

Referring to issue (f) if the plaintiff is entitled to clothing, the plaintiff claimed the clothing at the rate of 2000 Shillings per month with effect from the 12th of May 2006. The court considers this amount to be on the higher side if it is to be paid on a monthly basis. For the sake of justice, the same amount shall be accepted but after every three months. From the 12th of May 2006 to date is a complete three months, which qualifies the plaintiff to have the amount of 2000 Shillings for clothing for this period.

Order:

- a) The plaintiff is entitled to conjugal rights. The defendant to go back to his matrimonial home and make equal divisions amongst his wives.
- b) The defendant be charged for failing to register their marriage within the stipulated period and thereafter to register the same.
- c) The defendant to pay the house rent for July 2006, 1000 Shillings and thereafter 1000 Shillings should the house rent remain the same.
- d) The defendant to pay the past maintenance amounting to 16 200 Shillings.
- e) The plaintiff to produce the marriage note from Sayyid Hassan Badawy for determination of her dowry. Failure of that *mahr-al-mithl* should apply.
- f) The defendant to pay the costs of this suit.

Read in open court this 31st day of July 2006. The right of appeal is granted within 28 days.

7. Civil Case 54/2006

Esha Mohamed Juma (plaignante) vs Ali Salim (répondant)

Objet : Question matrimoniale.

Affaire ouverte le 15 novembre 2006. Les parties n'ont pas d'avocat.

Le couple s'est marié selon le droit islamique le 6 février 1986, avec une dot de 50 Shilling, qui n'a pas été payée.

Dans sa plainte, la femme explique qu'elle n'a jamais reçu sa dot et que depuis la date de leur mariage, le couple a vécu dans la maison de sa famille. Elle explique encore que le répondant a refusé de louer une maison où ils pourraient mieux vivre en tant que couple. Elle affirme que le répondant a échoué à assurer sa subsistance depuis un an et demi. Elle prétend ensuite que le répondant a l'habitude de l'insulter, même dans la rue, et qu'il la bat régulièrement. Elle explique que son époux a déserté le domicile conjugal depuis février 2006 et que malgré ses demandes pour essayer de régler l'affaire auprès du Chief, le répondant a ignoré ses demandes, l'obligeant finalement à déposer cette plainte. En raison de ces problèmes, la plaignante a souffert mentalement et physiquement.

Elle demande la restitution de ses droits conjugaux, son entretien passé et présent, que le répondant lui fournisse un logement (qu'il lui loue une maison), qu'il cesse de la battre et de l'insulter et qu'il supporte le coût de l'affaire.

Dans sa défense, datée du 14 décembre 2006, le répondant nie toutes les allégations de la plaignante. Il admet cependant son mariage avec la plaignante en 1986 et reconnaît avoir vécu dans la maison de la famille de son épouse. Il refuse catégoriquement de louer une maison pour la plaignante et affirme qu'à plusieurs occasions il avait tenté d'obtenir une maison et avait remis les clés à la plaignante pour qu'elle puisse voir si la maison lui convenait, mais elle a refusé. Il affirme avoir toujours à son épouse tout le nécessaire. Il nie avoir insulté ou battu la plaignante et affirme n'avoir jamais déserté le domicile conjugal. Il explique que la seule fois où il a quitté son domicile, c'était entre le 28 juin 2006 et le 10 juillet 2006, lorsque sa mère est décédée à Malindi, mais qu'il est ensuite revenu. Il affirme enfin que le comportement de la plaignante envers lui a complètement changé : de temps en temps, elle change de chambre et lui en refuse l'accès. À l'époque du festival culturel, il a même trouvé un étranger de sexe masculin dans sa chambre. En conséquence, il demande un non-lieu avec les coûts pour la plaignante.

Le 1^{er} février 2007 se déroule l'audition de la plaignante. Elle s'exprime en swahili.

« Mon nom est Esha Mohamed. Je vis à Swafaa. Je connais le répondant dans cette affaire. Il s'agit de mon époux. Nous nous sommes mariés il y a très longtemps. Je ne me souviens plus de la date exacte. Notre mariage fut solemnisé par Ustadh Mohamed Ali. Il est depuis décédé. Mon frère Said Hamisi est celui qui a consenti à notre mariage. J'ai été mariée avec un dot de 50 Shillings, qui n'a pas été payée. Notre mariage a été enregistré. Ceci est le certificat (*la plaignante montre une photocopie du certificat de mariage*). Depuis que j'ai épousé le répondant, nous avons vécu chez mes parents. Après le mariage, nous avons vécu de façon heureuse pendant longtemps, puis le répondant a changé. Il a déserté le domicile conjugal en février 2006 et est parti vivre avec sa seconde femme. Il vient lorsque cela lui convient, il me bat et puis s'en va. J'ai rendu compte de son comportement au bureau du *Chief*. En décembre 2006, il est venu et m'a agressée, puis j'en ai rendu compte à la police. J'ai une lettre du *Chief* (*la lettre est exhibée et marquée comme Exhibit 1*). Je prie ce tribunal d'ordonner au répondant de restituer mes droits conjugaux, arrêter de me battre, me louer une maison et la meubler ».

La plaignante répond ensuite à la contre-interrogation par le répondant :

« La police ne m'a pas remis de lettre. Tu me bats tout le temps. Je ne suis pas allée à la police parce que je t'aime. Mais maintenant, je n'en peux plus. Si tu as des témoins pour confirmer que tu me donnes de la nourriture, amène-les pour témoigner. Maryam Ndende ne m'a jamais apporté d'argent. Maryam Ndende ne m'a pas apporté de clés pour déménager dans une autre maison. Lors du festival culturel swahili, j'étais un jour assise avec Said Ali Shee et Tima Bwarali vers 2 heures de l'après-midi. Je n'étais pas avec un homme. Tima était présente jusqu'à tard, ensuite elle est partie. Le jour suivant, vers 1 heure de l'après-midi, il n'y avait pas d'homme dans ma chambre. Je ne suis pas venue déposer plainte parce que je n'avais pas de certificat de mariage. Je ne t'ai jamais dit que tu avais divorcé. Je sais que tu es toujours mon époux. Mais tu ne m'as jamais entretenue. Sans certificat, je ne pouvais pas venir auprès du Kadhi. Abdul Hussein ne m'a jamais apporté d'argent pour mon entretien en juin 2006. Un certain homme m'avait dit que tu avais voyagé à Malindi pour enterrer ta mère qui était décédée. Je t'ai dit « *Pole* » lorsque tu es revenu à la maison. Je ne t'ai pas dit que je ne voulais pas que tu couches avec moi. J'ai dit à Amina que, bien que nous ayons enregistré le mariage, le répondant m'avait quitté. Tu ne t'occupais pas de moi, mais ma fille Tima Bwarali est celle qui s'occupait de moi. Toi, tu passais ton temps à mâcher de la *miraa*. Je ne sais pas depuis combien d'années nous avons été mariés. Le matin, je vais chez ma sœur, puis je rentre vers 11 heures. Je sors sans permission parce que tu n'es pas disponible. Je n'ai jamais changé de chambre. Je n'ai jamais fermé la chambre à clé. Maryam Ndende ne m'a

jamais donné de clés. Tu as même insulté ma fille dans la rue. Tu m'insulte sans arrêt, en disant que je suis un âne ».

Le même jour, le premier témoin de la plaignante prête serment puis fait sa déposition, en swahili.

« Mon nom est Soodia Mohamed. Je vis à Langoni. Je suis sans-emploi. Je ne suis pas mariée. Je n'ai pas de mari. Je connais la plaignante dans cette affaire. Nous sommes de la même famille. Elle est ma sœur aînée. Je connais également le répondant. Nous sommes de la même famille. Il est mon beau-frère. Je n'ai aucun reproche à lui faire. Les parties sont mariées. Ils se sont mariés il y a longtemps, mais je ne me souviens pas de la date exacte. Je n'étais pas présente lorsqu'ils se sont mariés, donc je ne sais pas qui a consenti à leur mariage. J'ai entendu dire que sa dot s'élevait à 50 Shillings, qui n'ont pas été payés. Les parties n'ont pas d'enfant. Après le mariage, ils ont vécu chez nos parents. Actuellement, le répondant n'est pas à la maison. Leur dispute a débuté entre le précédent Ramadhan et aujourd'hui. Je ne connais pas la cause de leur différend. Il a quitté le domicile conjugal depuis février 2006. Ensuite, en juin, le répondant a été emmené au bureau du *Chief* parce qu'il l'avait agressée. En décembre, le répondant est venu et l'a agressée et a tiré ses cheveux. Ensuite, nous sommes allés à la police, mais ils voulaient une lettre du *Chief*. C'était un vendredi. Le lundi suivant, nous sommes allés au bureau du *Chief* avec une lettre, mais le *Chief* voulait juger l'affaire. Nous lui avons apporté une lettre, mais il l'a refusée. Nous avons rapporté la lettre au *Chief*, qui nous a donné une lettre d'introduction pour la police. Au poste de police, on nous a donné une lettre à lui apporter. Il a refusé la lettre de la police, mais le matin du jour suivant, il s'est rendu à la police. Il a ensuite été mis en garde et puis nous sommes partis ».

Le témoin est ensuite contre-interrogé par le répondant :

« Je t'ai apporté une lettre du *Chief*. Tu l'as épousée elle, pas moi. Elle m'a donné une lettre à t'apporter, mais tu as refusé de l'accepter. Je t'ai ensuite apporté deux lettres du *Chief*, puis encore une autre, mais tu les as refusées. Je ne te les ai pas données directement, mais par l'intermédiaire de Maryam Ndende. Je ne t'ai pas fait te disputer avec ta femme. Tu avais l'habitude de battre ta femme, alors lorsque tu as quitté le domicile conjugal, je t'ai dit de ne pas revenir, mais à la place, de louer une maison pour toi et ta femme, où vous pourriez vivre. Je ne t'ai pas amené à la maison. Tu ne paies pas de loyer, tu ne paies pas l'eau, ni l'électricité. C'est pourquoi nous avons décidé que tu devais partir ailleurs avec ta femme. Nous sommes fatigués de ton comportement. Depuis que vous avez commencé à vous disputer, tu n'as jamais loué de maison ».

Après cela, la plaignante explique qu'elle n'a pas d'autres témoins. Le même jour, le répondant prête serment puis fait sa déposition (il s'exprime en swahili) :

« Je m'appelle Ali Salim. Je vis à Mkomoni. Je connais la plaignante. C'est mon épouse. Je l'ai épousée il y a environ 22 ans. Notre mariage a été célébré à la mosquée d'Utakuni. C'est l'Ustadh Mohamed Ali qui a officialisé notre union. Un homme du nom de Said est celui qui a consenti à son mariage. Je ne sais pas quel est le lien entre Said et la plaignante. Notre mariage a été enregistré (*il montre la copie du certificat de mariage*). Je l'ai épousée avec une dot de 50 Shillings, que je n'ai pas payée. Nous n'avons pas d'enfant. Après notre mariage, nous avons vécu heureux jusqu'à la mort de ma mère le 28 juin 2006. Lorsque je suis parti en voyage, je n'ai pas pu aller informer la plaignante, mais j'ai envoyé des gens chez elle. J'ai téléphoné à Abdul et à Hussein pour envoyer de l'argent à la plaignante pour son entretien. La plaignante a refusé de prendre l'argent et a proféré que j'avais divorcé. J'ai essayé une seconde fois, mais une fois de plus elle a refusé. J'ai essayé pour la troisième fois, et elle a encore refusé. Je suis resté à Malindi pendant 10 jours pour les funérailles. Lorsque je suis

revenu, je suis allé à la maison de la plaignante, mais je ne l'ai pas trouvée. J'y suis arrivé à 17 heures. Elle est venue à 17 heures 45 et je lui ai demandé d'où elle venait. Elle m'a dit de ne pas lui demander car je n'étais plus son mari et que donc elle était libre d'aller là où bon lui plaisait. Je lui ai demandé pourquoi elle ne m'avait pas présenté ses condoléances. Elle a alors répondu que si un jour elle est en deuil, alors je n'aurai pas à lui présenter mes condoléances. Je lui ai ensuite demandé pourquoi elle avait refusé l'argent qu'on lui avait apporté. Elle a répondu que je n'allais pas dormir chez elle. Elle m'a chassé. Mais je n'ai pas protesté. Ensuite, je suis parti et je suis allé chez mon autre femme. Je suis parti à 20 heures et vers 22 heures, je suis allé m'enquérir de la plaignante. Je ne l'ai pas trouvée. J'ai demandé et je l'ai trouvée qui dormait chez sa fille. Je lui ai demandé pourquoi elle dormait là. Elle m'a répondu qu'elle ne pouvait pas dormir là, car la chambre appartenait à quelqu'un d'autre. Je lui ai demandé qui était cette personne. J'ai découvert que sa fille Tima était celle qui dormait dans notre maison matrimoniale. Je lui ai demandé des explications et elle a dit qu'elle ne voulait plus de moi. Elle a dit que j'avais divorcé et par conséquent elle voulait voir la lettre de divorce. Elle m'a dit que, étant donné qu'elle n'avait pas de certificat de mariage, je ne pouvais pas affirmer qu'elle était ma femme. J'ai alors rapporté cette affaire au Chief Abdallah qui a insisté pour que nous obtenions un certificat de mariage. Nous sommes donc venus pour faire enregistrer le mariage et je lui ai apporté une copie du certificat de mariage. Elle a alors intenté un procès contre moi, pour obtenir de l'argent, alors même que je lui avais envoyé de l'argent mais qu'elle a refusé. J'ai dit à la plaignante que j'avais ma propre maison et que je voulais qu'elle vienne y vivre avec moi, mais elle a refusé. J'ai demandé à Mohamed Haji de lui transmettre le message selon lequel je viendrai le soir pour qu'elle déménage chez moi. Mais elle a refusé. J'ai alors envoyé Maryam et Abdul pour lui apporter de l'argent et les clés, mais encore une fois, elle a refusé. Ensuite, ils sont allés au bureau du Chief. Ils ne voulaient pas que je reste dans leur maison. La plaignante ne m'avait jamais dit qu'elle voulait un logement. Je prie ce tribunal de demander à la plaignante de me suivre ».

La plaignante n'a pas de question pour le répondant. Les témoins du répondant sont alors appelés à s'exprimer. Le premier témoin prête serment, puis il fait sa déposition (il s'exprime en swahili).

« Je m'appelle Abdul Kobia. Je vis à Longoni. Je suis un homme d'affaire. Je possède un magasin. Je connais la plaignante dans cette affaire, mais je ne suis pas de sa famille. Je n'ai rien à lui reprocher. Je connais également le répondant dans cette affaire, mais nous ne sommes pas de la même famille. Nous sommes simplement amis. Les parties sont mariées. Je ne sais pas quand ils se sont mariés. Je ne sais pas s'ils ont des enfants. Le 28 juin 2006, j'ai été envoyé par le répondant. Il m'a appelé et m'a dit que sa mère était décédée à Malindi, puis il m'a demandé d'apporter 200 Shillings à la plaignante et de lui dire qu'il était endeuillé. Je suis donc allé chez la plaignante pour lui remettre l'argent, qu'elle a refusé. Elle m'a dit qu'elle n'était pas la femme d'Ali. J'ai alors appelé le répondant pour lui expliquer que la plaignante avait refusé de prendre l'argent et qu'elle m'avait dit qu'elle n'était pas son épouse. Le répondant m'a alors demandé de retourner lui apporter l'argent le lendemain. J'y suis donc retourné, mais de nouveau, elle a refusé. J'ai alors expliqué la situation au répondant. Il m'a dit de lui apporter l'argent pour la troisième fois, mais de nouveau elle a refusé et je l'ai expliqué au répondant. Après une dizaine de jours, le répondant est revenu de Malindi et il m'a demandé de l'accompagner pour apporter l'argent à la plaignante pour le loyer. Le répondant m'avait laissé 3000 Shillings. Il m'a demandé 1500 Shillings. Je les lui ai donnés, afin qu'il puisse louer une maison pour son épouse. Il y est allé seul. Il m'a dit que la plaignante avait encore une fois refusé l'argent et qu'elle avait aussi refusé la chambre qu'il avait louée pour elle ».

Le témoin du répondant est ensuite contre-interrogé par la plaignante.

« Oui, je suis venu chez toi et j'y ai trouvé une fille et une autre femme. Une fille est venue et t'a appelée. Tu es alors sortie et j'ai voulu te donner l'argent, mais tu as refusé et tu as dit que le répondant n'était plus ton mari ».

Une nouvelle audition est fixée pour le 2 février 2007. Elle se tient en présence des deux parties. Le second témoin du répondant est entendu, après avoir prêté serment (il s'exprime en swahili).

« Je m'appelle Maryam Ali. Je vis à Langoni. Je suis divorcée. Je connais la plaignante dans cette affaire. Je ne suis pas de sa famille. Je n'ai aucun différend avec elle. Je connais aussi le répondant dans cette affaire, mais je ne suis pas non plus de sa famille. Les parties sont mari et femme. Ils se sont mariés il y a longtemps, mais je ne connais pas la date de leur mariage. Je ne sais pas où le mariage a été célébré. Les parties n'ont pas d'enfant. Les parties vivaient ensemble. Mais ils vivent séparément depuis un certain temps. Ali Salim était venu avec de l'argent le 7 juin, il avait 1500 Shillings avec une clé pour la maison et il m'a demandé de les apporter à la plaignante ».

Le témoin est contre-interrogé par la plaignante :

« Je t'ai apporté l'argent, mais tu as refusé de l'accepter. Tu as dit que tu ne voulais pas de cet argent ».

Le témoin est ensuite contre-interrogé par le répondant :

« En ce qui concerne la clé, elle a dit qu'elle voulait qu'elle lui soit remise auprès du tribunal. Oui, tu m'as dit que la plaignante souhaitait une maison, c'est pourquoi tu l'as faite venir auprès de moi ».

Une autre audition se tient le 21 février 2007, en présence des deux parties. Un troisième témoin du répondant prête serment puis fait sa déposition.

« Je m'appelle Ali Hussein. Je vis à Longoni. Je suis boutiquier de profession. Je connais la plaignante dans cette affaire. Je ne suis pas de sa famille. Je n'ai rien à lui reprocher. Je connais aussi le répondant dans cette affaire. Je ne suis pas de sa famille. Le répondant m'a envoyé auprès de Esha (*à ce moment-là, il désigne une autre personne que la plaignante dans l'enceinte du tribunal*) pour lui apporter 500 Shillings. Elle m'a dit de rapporter l'argent au répondant et m'a mis en garde de ne pas dormir là-bas. J'ai donc rapporté l'argent. Le 15 août, je suis allé avec le répondant vers 12 heures 30 et nous avons frappé à la porte. Nous avons trouvé quelqu'un qui mangeait dans la chambre de la plaignante (*pour la seconde fois, il désigne une autre personne*). Le répondant s'est montré sévère et je lui ai conseillé de partir sans dispute. Il a accepté et il est parti. Ensuite, nous sommes allés à la station de police et il a rapporté l'affaire. Puis nous sommes partis ».

Le même jour, les deux parties exposent leur requête finale. Le répondant s'exprime le premier :

« Le 15 février 2007, à environ 20 heures 30, j'ai trouvé la plaignante dehors, assise sur un lit avec un homme. Lorsque je suis apparu, la femme m'a vu et elle a courru à l'intérieur. L'homme est resté au même endroit. Je suis entré dans la maison pour suivre la plaignante et lui demander pourquoi elle s'était enfuie. Elle m'a dit que la personne était son enfant. Je lui demandé si elle était autorisée, en tant que femme mariée, de rester avec un homme, la nuit, à l'extérieur de la maison. Je lui ai ensuite de nouveau demandé pourquoi elle s'était enfuie ».

La plaignante n'a rien à ajouter.

Le Kadhi rend son jugement le 7 mars 2007.

On the 15th day of November 2006 one by the name of Esha Mohamed Juma lodged her complain by way of a plaint, who shall here-in-after be referred to as the plaintiff against one by the name of Ali Salim, who shall here-in-after be referred to as the defendant.

The plaintiff states that she married the defendant on the 6th day of February 1986 at a dowry of 50 Shillings, which has not been paid. Since they got married, they had been staying at the plaintiff's family. The defendant refused to rent her a house. The defendant had been abusing and beating the plaintiff severally.

Is it the plaintiff's case that in February 2006 the defendant deserted the matrimonial home and failed to maintain the plaintiff for a period of one year and one month.

The plaintiff prays judgement against the defendant for:

- a) Conjugal rights
- b) Past and current maintenance
- c) Rental house
- d) Restriction not to beat and abuse the plaintiff
- e) Costs of the suit

On the same day, a summons to enter appearance was issued and served to the defendant on the 4th day of December 2006. And on the 11th day of December 2006 appearance was entered and defence filed. In his defence the defendant stated that he denied all allegations contained in the plaint. He admitted to have married the plaintiff in the year 1986 and used to stay in the house of the plaintiff's family.

On the issue of renting a house, the defendant identified different houses, took the keys to the plaintiff, so that she could go to inspect if the houses were suitable to her, but the plaintiff never cooperated. The defendant further stated that he had been providing maximum maintenance at all times and strongly denies using abusive language. Further, the defendant stated that he has never deserted the matrimonial home. He was away between the 28th of June 2006 and the 10th of July 2006, when he went for the burial of his mother in Malindi.

Further the defendant states that the plaintiff changed her behaviour by changing the bedroom from time to time and during cultural festival he found a strange man in their bedroom.

The defendant prayed this suit to be dismissed with costs.

Upon hearing this case the plaintiff called in one witness whereas the defendant called in three witnesses.

The brief fact of the plaintiff's case is that the plaintiff married the defendant long time ago at a dowry of 50 Shillings, which have not been paid. The plaintiff's brother (Said Khamis) is the one who consented to this marriage. They were not blessed with children. It is the plaintiff's case that since they married they had been staying at her parents' place. In February 2006 the defendant deserted the matrimonial home. He could come on the day he wishes, beat the plaintiff and go away. The matter was reported to the Chief. In December 2006, she was assaulted again. This time she reported the matter to the police. The police wanted a letter from the Chief.

The Chief, before issuing a letter to the plaintiff to take to the police, decided to try to solve the matter. The plaintiff was given a letter to take to the defendant but the defendant refused to take the letter. It was reported back to the Chief who gave the plaintiff another letter to take to the police.

The police issued a letter, gave it to the plaintiff to take to the defendant. Similarly, the defendant refused to take the letter but on the following day he went to the police and was warned not to beat the plaintiff again.

She seeks orders against the defendant for:

- a) Restitution of conjugal rights

- b) Not beating the plaintiff
- c) Renting and furnishing a house

On the other side, the brief facts of the defence case is that the defendant married the plaintiff 20 years ago at a dowry of 50 Shillings, which has not been paid. They have not been blessed with children.

It is the defence case that the problem started on the 28th day of June, 2006, when he lost his mother in Malindi. He called Abdul and Hussein and asked them to send money to the plaintiff for maintenance. Mr. Abdul Kobia, D.W. 1, took 200 Shillings to the plaintiff but the plaintiff refused to take the same and told the witness that she had been divorced by the defendant. The witness reported back to the defendant and was instructed to take the money to her again. The witness went there three times.

In July and August, D.W. 3, Ali Hussein, took 500 Shillings to the plaintiff. The plaintiff refused to take the said money and warned the witness not to go there again. He took the money back to the defendant. When the defendant came back from Malindi, he asked D.W. 1 to give 1500 Shillings from the money which was entrusted to him and to accompany him to take it to the plaintiff for a renting house.

The defendant then took 1500 Shillings plus a key to D.W. 2 Maryam Ali, who was in turn to hand them over to the plaintiff.

On the 15th of August the defendant together with D.W. 3 went to the plaintiff's place and found a man eating food in the plaintiff's room. The defendant was worked up but D.W. 3 cooled him down and they went to the police to report.

In his prayer he prayed the court to order the plaintiff to follow him.

The issues to be determined in this case are:

- a) Is the plaintiff entitled to a restitution of conjugal rights?
- b) Is the plaintiff entitled to a rental furnished house?
- c) Is the plaintiff entitled to the costs of the suit?
- d) Is the plaintiff entitled to any other relief?

Referring to issue (a) if the plaintiff is entitled to a restitution of conjugal rights, the plaintiff and her witness stressed on the issue of uproar. The uproar is the one which causes the plaintiff's family to ask the defendant to take his wife away to a rented house or elsewhere so that they cannot see their uproar. The plaintiff claims to be abused and beaten. She produced a Chief's letter as exhibit P. 1. This letter reads in part: "*Bi Esha amekuja hapa offisi zaidi ya mara tatu kwa mashtaka baina yake na bwanake Bw. Ali Salim. Na nimejaribu kusuluhisha. Na mwisho niliandika barua kupata usaidizi kwa police...*".

On the other side, D.W. 3, Mr. Ali Hussein, said that on the 15th of August he went with the defendant to the plaintiff's place and found a man eating in the plaintiff's room. The defendant was worked up but the witness cooled him down and they reported to the police.

The court had a chance to see D.W. 3. He is not a credible witness. He twice pointed to another person in the court in the place of the plaintiff. The court would take this chance to advise the couple to stay harmoniously and with mutual understanding. They should be less quarrelsome. Beating should be avoided as much as possible. Consequently the plaintiff is entitled to restitution of conjugal rights.

Referring to issue (b) if the plaintiff is entitled to a rented furnished house, the defendant and his witnesses told this court that a rented house was obtained, key taken to the plaintiff so that she could go to inspect the suitability of the house but she used to refuse. D.W. 2, Mrs. Maryam Ali stated in re-examination and I quote: "On the side of the key, she said that she wanted it to be handled over to her before the court"

This court is ready to receive the key and hand it over to the plaintiff.

The defendant to provide the house together with the necessities required for habitation.

Referring to issue (c) if the plaintiff is entitled to the costs of this suit, the court notes that the plaintiff had a good case for adjudication. Hence she is entitled to the costs.

Referring to issue (d) if the plaintiff is entitled to other relief, the court does not see other relief to grant.

Orders:

- a) Restitution of conjugal rights granted
- b) The defendant to provide habitable house to the plaintiff
- c) The defendant to pay the costs
- d) No other relief granted

Read in open court before both parties this 9th day of March 2007. The right of appeal is granted within 28 days.

MALINDI

8. Miscellaneous Application 53/2005

Ali Abdalal Azan (premier demandeur) et Hassan Rashid Mgute (second demandeur) vs Chidunga Suleiman Ngoro (répondant)

Objet : Héritage.

Affaire ouverte le 4 octobre 2005.

Concerne les biens de Asiah Rashid Mgute, décédée.

La plainte est rédigée par un avocat. Ce dernier explique qu'Ali Abdalla Azzan est l'oncle de la défunte, Asiah Rashid Mgute et qu'il fut autorisé par ses propres parents (Abdalla Azzan et Mariam Said Ali) à être le tuteur de sa nièce, la défunte, après la mort du père de cette dernière (Rashid Mgute) en 1976. Ali Abdalla Azzan a exercé ce devoir jusqu'à la mort de sa nièce le 6 septembre 2005 au Msambweni District Hospital. L'avocat explique qu'à sa mort, la défunte avait trois enfants : Ismail Nyondo Chidunga (décédé), Suleiman Ngoro Chidunga (10 ans) et Juma Tsuma Chidunga (5 ans). Avant sa mort, la défunte avait établi un testament dans lequel elle demandait à ce que ses biens libres soient laissés à son frère Hassan Rashid Mgute (le second demandeur). Il explique encore que dans ce testament, la défunte affirme qu'elle a été expulsée de son domicile par le répondant et qu'en conséquence, elle souhaite l'exclure de l'accès aux biens qu'elle avait achetés pour ses enfants. Il apparaît donc évident aux demandeurs que la défunte a souhaité exclure le répondant de l'administration de ses biens. Pourtant, après la mort de la défunte, le répondant a pris possession de tous les biens libres de la femme, incluant son certificat de décès et d'autres documents, qui sont toujours en sa possession.

L'avocat, au nom de ses clients, demande donc que le tribunal détermine la validité du testament de la défunte au regard du droit islamique. Dans le cas où le tribunal considère ce testament comme une expression des dernières volontés de la défunte, le répondant devrait être forcé à fournir un relevé de tous les biens qui sont en sa possession et à placer ces biens sous la garde du second demandeur.

Le testament est fourni comme pièce à conviction.

Il est également affirmé que la défunte et le répondant ne se sont jamais mariés selon le droit musulman et que, par conséquent, le répondant n'a aucun droit sur les biens de la défunte. Le plaignant demande donc que les biens de la défunte soient administrés au regard des règles du droit islamique et que le défendant remette l'ensemble de ces biens au second demandeur, Hassan Rashid Mgute, contre lequel le premier demandeur a déposé cette plainte. Enfin, il

demande que le tribunal détermine s'il existe un mariage valide au regard du droit islamique entre la défunte et le répondant.

Le répondant fournit sa défense le 15 novembre 2005. Il explique avoir épousé la défunte selon les coutumes Duruma-Giriama, mais pas selon le droit islamique. Il a cohabité avec la défunte de 1994 au 6 septembre 2005, lorsqu'elle est décédée. Les deux ont eu trois enfants : Ismail Nyondo Chidunga, Suleiman Ndoro Chidunga et Juma Tsuma Chidunga. Il explique également que son père, Ndoro Chidunga, qui est toujours en vie, a payé la dot à sa belle-mère (également toujours en vie) selon les coutumes Duruma-Giriama. Il s'oppose à la validité du testament de la défunte, car il ne comporte ni date, ni témoin et parce que les biens étaient possédés conjointement entre la défunte et le répondant. Il se dit donc légalement autorisé à la possession de tous les biens laissés par la défunte parce qu'il était son mari. Il demande un non-lieu et le paiement des frais de l'affaire par le plaignant.

Le Kadhi fixe une audition pour le 18 novembre 2005. Le premier demandeur est présent, accompagné de son avocat. Le répondant est absent, mais il est représenté par son avocat.

L'avocat des plaignants prend la parole :

« Mon nom est Okuto. Je m'exprime pour les plaignants et M. Matasia est ici pour représenter M. Makasemo, pour le répondant. Ce qui nous amène ici aujourd'hui est la citation à comparaître devant ce tribunal, datée du 4 octobre 2005. Nous avons fixé une date et avons envoyé la convocation à l'avocat du répondant le 8 novembre 2005, puis ils ont répondu par une déclaration écrite et sous serment datée du 15 novembre 2005. Je suis prêt à poursuivre et mes clients, les deux plaignants, sont présents ».

M. Matasia, l'avocat du répondant, prend ensuite la parole :

« M. Makasemo est l'avocat du répondant dans les registres, mais il est malade. Ma demande est d'avoir accès à la déclaration sous serment parce que je n'ai pas ce dossier. Nous nous sommes mis d'accord sur la question avec les plaignants et je suis prêt à payer les frais. C'est tout ce que j'ai à dire ».

M. Okuto :

« J'aurais souhaité que le plaignant soit présent, de façon à ce que nous puissions l'interroger. C'est tout ce que j'ai à dire ».

M. Matasia :

« Je demande à ce que l'affaire reste en suspens, étant donné que je n'ai pas la preuve du consentement du plaignant ».

M. Okuto :

« Nous n'avons pas d'objection ».

Le Kadhi rend un arrêt :

« Par consentement entre les parties l'affaire est laissée en suspend, avec les coûts à la charge du plaignant ».

Une nouvelle audition se tient le 8 février 2006, en présence de M. Okuto pour les plaignants. Le répondant est absent.

M. Okuto :

« J'ai invité l'avocat du répondant, M. Makasemo & Co. Advocates, mais en vain. Maintenant, je demande au tribunal de me donner une date pour un jugement ex parte ».

Le Kadhi :

« La demande est accordée et l'audition est fixée pour le 15 mars 2006 ».

Finalement, l'audition a lieu le 12 avril 2006. Seul M. Okuto, pour les demandeurs, est présent. Le répondant et son avocat sont absents.

M. Okuto prend la parole :

« Le répondant ne s'est pas présenté devant le tribunal. Avant que cette question ne devienne un problème, nous avons appelé M. Makasembo pour fixer une audition le 30 mars 2006, mais ils ne sont pas venus. Une date pour un jugement ex parte a été accordée (...). Jusqu'à présent, nous sommes venus trois fois auprès de ce tribunal pour fixer cette date d'audition, mais ils ne se sont jamais présentés. Le plaignant est désireux de continuer. C'est tout ».

Un arrêt est rendu le même jour par le Kadhi :

Upon hearing Mr. Okuto for the plaintiffs/applicants and upon reading the documents filed here I am convinced that the defendant is not serious since he never turned up after he was invited three times to come and fix the hearing date. I therefore ask that the hearing shall commence on the 15th of May 2006 since the court will be on leave as from the 18th of April 2006. The defendant/respondent be served with that date and asked to come. Failing his attendance the hearing should proceed. Costs to the plaintiff/applicant.

L'audition se tient le 15 mai 2006, en présence du plaignant et de son avocat. Le répondant est absent.

M. Okuto prend la parole :

« Nous avons fourni à l'avocat du répondant une note pour l'audition. Ils l'ont reçue le 4 mai 2006 et l'ont confirmé. Cependant, aucun d'entre eux n'est apparu devant ce tribunal. Nous avons besoin d'une convocation du tribunal. Ceci est requis par les articles 0.36, r.1 (a) (b) (c) art. Des règles de procédure civile (...). D'après ces règles, le répondant devrait se présenter devant ce tribunal, à la demande de Ali Abdullahi Azzan et Hassan Rashid Mgute qui affirment être les bénéficiaires des biens de la défunte Asiah Rashid Mgute. Les plaignants ont convoqué le répondant pour déterminer les questions suivantes. Premièrement, établir la validité du testament de la défunte, Asiah Rashid Mgute, au regard de la loi islamique. Deuxièmement, le répondant devrait être obligé, par un arrêt de ce tribunal, de donner un relevé de tous les biens qu'il conserve au nom des biens de la défunte. Troisièmement, le tribunal devrait déterminer s'il existait un mariage valide, au regard du droit islamique, entre la défunte Asiah Rashid Mgute et le répondant. Quatrièmement, le tribunal devrait ordonner l'administration des biens personnels et des biens réels de la défunte, en accord avec ses souhaits. Ces propositions sont soutenues par la déclaration sous serment d'Ali Abdallah Azzan, en date du 4 octobre 2005. Cette déclaration explique tout et nous y avons joint le contenu du testament, marqué AAA1. Nous prions le tribunal d'analyser le contenu de ce testament et de déterminer s'il est valide au regard du droit islamique. Cette demande est faite au nom des personnes suivantes : Suleiman Nodoro Chidunga (10 ans), Juma Tsuma Chidunga (5 ans), Ismail Nyondo Chidunga (décédé) et Fatuma Nyondo Muve (la mère). Au sujet de la requête du plaignant, il affirme que le répondant s'est montré mauvais envers la défunte. C'est pour cette raison que la défunte avait souhaité que le répondant soit exclu du bénéfice de ces biens, qui incluent le terrain No. 1112 à Ukunda, sur lequel un bâtiment a été construit (...). C'est tout. L'affaire est close en ce qui concerne le plaignant ».

Le Kadhi rend un arrêt le 19 mai 2006 :

Upon perusing the application presented to this court by way of origination summons dated 4th October, 2005 under Order XXXVI rule 2 (a) (b) (c) and 8 of the Civil Procedure Rules and all other enabling provisions of law and filed by Wakasembe & Co. Advocates Counsel for the respondent and further upon hearing submissions of Mr. Okuto, Advocate for the applicant ex parte.

1. There was no valid will left by the late Asiah Rashid Mgute under the Islamic Law, unless the said will is proved by witnesses.
2. The second applicant Hassan Rashid Mgute cannot be granted leave to administer the estate of the late Asiah Rashid Mgute pending hearing of the witness No. 1 above.
3. There existed no valid marriage between the deceased Asiah Rashid Mgute and the Respondent Chidunga Suleiman Ngoro under the Islamic Law.
4. The respondent is not legally entitled to the assets and properties left behind by the deceased hence the respondent is hereby ordered and compelled by this Honorable Court to produce and account for all the properties he is holding on behalf of the estate of the deceased.

Given under my hand and the seal of this court at Malindi this 19th day of May 2006.

Signed by the Kadhi, Sheikh Sukyan Hassan Omar, Kadhi Malindi.

Read before Ali Abdalla Azzan, the applicant and M. Okuto for the applicant this 19th day of May 2006.

Mais le 28 septembre 2006, l'avocat des demandeurs se présente de nouveau devant le juge. Le plaignant envoie un nouveau courrier le 9 octobre 2006. Il y affirme que le répondant a refusé de se conformer aux ordres du tribunal.

9. Civil Suit 5/2006

Ali Said Salim (plaignant) vs Riziki Mwangala (répondante)

Objet : Garde des enfants.

Affaire ouverte le 1^{er} février 2006 et jugée le 17 mars 2006. Les parties n'ont pas d'avocat. Le 10 octobre 2005, le plaignant, qui était marié à la répondante, a répudié cette dernière par une déclaration écrite ("Kwa bibi yangu Riziki Mwangala. Baada ya salamu kulingana na machungu ulionifanyia nimejaribu kuumilia nikashindwa. Kwa akili hiyo nimeona afadhali niamue. Bibi yangu Riziki kuanzia leo nimekua liki yaani nimekuacha talaka moja. Si bibi yangu tena"). Cependant, le plaignant avait aussi une autre femme, appelée Safia Karisa, avec laquelle il a eu deux enfants (Said Ali Said et Fatuma Ali Said) et avec laquelle il affirme avoir continué à vivre. Il prétend que son ex-épouse a enlevé sa seconde femme et ses enfants. En conséquence, il demande la garde de ses enfants et le retour de sa femme Safia.

La réponse de la répondante est datée du 17 février 2006 (écrite en swahili). Pour sa défense, elle explique que, selon les traditions de son ethnie, lorsqu'une femme ne peut pas donner naissance à des enfants, elle peut « adopter » une autre femme, en payant une dot aux parents de cette dernière. Elle affirme donc avoir adopté Safia de cette manière, en ayant payé une dot de 4,000 Shillings et donné divers biens aux parents. Elle explique ensuite en avoir fait part à son époux, Ali Said, en lui demandant d'accepter la femme comme leur enfant. Le mari a accepté et ils ont ainsi vécu sans problème pendant deux ans. Parallèlement, alors qu'elle n'avait toujours pas d'enfant, elle a proposé à son époux qu'il se marie à une seconde femme qui pourrait lui donner des enfants. Elle lui a donc présenté une femme du nom de Riziki Athman. Cependant, les deux ne s'entendaient pas et un jour la femme a décidé de quitter Ali. Lorsque Riziki (la répondante) lui a demandé de lui rendre la dot (d'après les coutumes de son ethnie, lorsqu'une femme quitte son époux, elle doit lui rembourser la dot), Ali Said lui a expliqué que cela n'était pas de tradition islamique. Mais avant de partir, Riziki Athman lui a confié que Safia était enceinte de son époux. À partir de ce jour la mésentente s'est installée entre les époux. Elle explique ensuite que son mari a épousé Safia secrètement, sans l'en

informer. Safia a ensuite eu un second enfant avec son époux, ce qui a provoqué de nouveau sa colère. Elle explique que c'est elle qui a payé la dot pour Safia et que son mari n'aurait pu l'épouser que si il lui avait remboursé le montant de cette dot. Elle reconnaît avoir été répudiée, mais explique qu'à ce jour son époux ne lui a pas versé l'indemnité de sa période d'Edda. Dans un autre courrier, daté du 10 mars 2006 et rédigé par un avocat, la défense explique également que son ex-époux n'a aucun droit à affirmer avoir cohabité avec une femme pour laquelle il n'a jamais payé de dot. C'est pourquoi elle demande un non-lieu.

Une audition des parties se tient le 13 février 2006, en présence des deux parties. Le plaignant prend la parole :

« J'ai épousé la répondante le 1^{er} avril 1996. Pendant toutes ces années, nous n'avons pas été béni d'un seul enfant. Le 19 novembre 2000, la répondante et moi avons, d'un commun accord, décidé que j'épouse une autre femme et j'ai alors épousé Safia Karisa Baya. En décembre 2001, j'ai eu un enfant avec Safia, du nom de Said Ali Said. Le 1^{er} juin 2005, nous avons eu un second enfant, Fatuma Ali Said. Le 10 octobre 2005, j'ai eu un différend avec la plaignante et je l'ai répudiée. Après cela, la répondante a kidnappé ma femme, Safia Karisa, ainsi que les deux enfants. Elle affirme que ces enfants sont les siens. Nous avons porté l'affaire devant le Chief et le Children's Department, mais nous ne sommes pas parvenus à trouver une solution. Maintenant, depuis le 10 octobre, jusqu'à aujourd'hui, j'ai laissé ma famille à la répondante. Je prie le tribunal de me redonner ma femme et mes enfants. C'est tout ».

Le plaignant est ensuite contre interrogé par la répondante :

« Oui, Safia est ma femme et non pas ta servante. Tu ne m'as pas chassé, mais je ne peux pas aller chez toi parce que tu n'es plus ma femme. Tu n'as jamais accepté le paiement de ton Edda et maintenant nous sommes ici à propos de la garde des enfants ».

La répondante demande plus de temps pour préparer sa défense, ce qui est accepté par le plaignant. Une nouvelle audition est donc fixée et se déroule le 6 mars 2006, en présence des deux parties. De nouveau, le plaignant prend la parole :

« Je suis venu ici avec des documents émanant du Chief Magistrate, du Children's Officer de Malindi et Sheikh Abdulrahman Mohamed, qui a célébré mon mariage avec Safia Karisa Baya, qui a prétendument été kidnappée par la répondante. C'est la troisième fois que je présente cette affaire devant un tribunal et je prie donc pour mes enfants et pour ma femme. C'est tout ».

Le plaignant est contre interrogé par le Kadhi :

« Je n'ai jamais vu le premier témoin de la répondante avant que j'envisage de l'épouser et elle m'a été présentée par la répondante qui la connaissait, elle ainsi que sa famille. J'ai proposé de l'épouser alors qu'elle était païenne. Mais le mariage a eu lieu après qu'elle ait rejoint l'islam. Depuis, elle est une musulmane pratiquante ».

Le premier témoin du plaignant prend ensuite la parole :

« Je m'appelle Ustadh Abdulrahman Mohamed. Je vis à Maweni. Je suis enseignant dans une madrasa. Je connais les deux parties. M. Ali Said était mon enseignant. La répondante est Mama Riziki Mwangala. Je sais que le 5 février 2001, le plaignant, la répondante et Safia m'ont rendu visite chez moi. Ils m'ont demandé de célébrer le mariage entre le plaignant et Safia. Alors, je l'ai fait. Le mariage a eu lieu en présence de Athman Kassim Ngane et de Twalib Mbasha Ali qui en étaient les témoins. Le mariage s'est déroulé avec le consentement

de son père, Kamza Baya, qui a écrit une lettre à cette fin, ici enregistré comme pièce à conviction No. 5. C'est tout ».

Le témoin est contre interrogé par la répondante :

« Toi aussi, tu étais parmi ceux qui sont venus me voir pour demander ce mariage ».

Puis, le Kadhi à son tour contre interroge le témoin :

« J'ai célébré le mariage entre le plaignant et le témoin No. 1 de la répondante, après que cette dernière se soit convertie à l'islam, devant moi, le jour du mariage. Ceci était le 5 février 2001. C'était à la Madrasat-ul-Kheir al Islamiyya, à Langoni, Malindi. Nous ne lui avons pas fourni de certificat de conversion, parce que je n'en avais pas. Elle était païenne. Son père n'était pas présent lors de la cérémonie de mariage, mais il avait envoyé une lettre de consentement à cet effet. J'ai été convoqué par les plaideurs, qui étaient tous présents. La dot alors mentionnée s'élevait à 37,000 Shillings, ainsi que le conclurent les époux. Le plaignant a dit qu'il paierait petit à petit ».

La répondante fait ensuite sa déposition (en swahili) :

« Je m'appelle Riziki Mwangala. Je vis à Mwyenye, district de Malindi. Je suis un docteur traditionnel. Je connais le plaignant. Il s'agit de Ali Said. Il était mon époux, mais nous nous sommes séparés il y a environ six mois. Nous n'avions pas d'enfant. Je n'ai pas kidnappé la femme et les enfants du plaignant. L'épouse, Safia, je l'ai obtenue de sa famille, Mishu Karisa et Karia Baya. À l'époque, elle avait environ douze ans. Mon intention était de l'adopter, étant donné que je n'avais pas d'enfant. Malheureusement, le plaignant l'a mise enceinte, c'est pourquoi ils se sont mariés. Ces deux ont à présent deux enfants. J'ai appelé l'aîné Barake et la deuxième Riziki, mais le plaignant les a appelés Said et Fatuma Ali Said. J'ai été mariée à Bahati (Safia) Karisa Baya alors qu'elle était jeune et j'ai payé comme suit : des noix de coco pour un montant de 2,000 Shillings, deux chèvres pour un montant de 3,000 Shillings, cinq sets de « lesos », T-shirt et Kikoi, pour un montant de 900 Shillings et un dot de 37,000 Shillings. Tout cela a été payé au père de la femme du plaignant, Kanze Baya, et en présence des témoins suivants : Sharo Changawa et Chonda Marfa. Des dépenses mentionnées précédemment, j'ai payé 6,300 Shillings lorsque le plaignant s'est marié. Je prie pour la garde des enfants et pour le paiement de mes dépenses. Je souhaite aussi le paiement de ma période d'Edda, d'un montant de 6,000 Shillings ».

La répondante est ensuite contre-interrogée par le plaignant:

« Ce n'est pas vrai que je suis venue et que j'ai kidnappé ta femme et les enfants. Lorsque tu l'as mise enceinte, je t'ai seulement mis en garde, mais je t'ai accusé lorsque tu l'as mise enceinte pour la seconde fois. Je ne pouvais pas acheter les enfants, mais j'ai épousé leur mère. D'après les traditions Giriama, une femme peut épouser une autre femme et ses enfants peuvent être mariés sous le nom de la femme qui a épousé leur mère ».

Ensuite, le témoin de la répondante, qui est Safia Karisa Baya, est auditionné:

« Je m'appelle Safia Karisa Baya. Je connais le plaignant et la répondante. J'ai été mariée à la répondante (...). Parce qu'elle a payé la dot à mon père (...). J'ai vu des femmes mariées à d'autres femmes. Elles se trouvent à Mwyenye. Le plaignant m'a trompée et il a couché avec moi, et c'est ainsi que j'ai eu les deux enfants avec lui. Nous ne nous sommes jamais mariés, selon quelque loi que ce soit ».

Un second témoin de la répondante fait également sa déposition (il s'exprime en Giriama, traduit par le clerc) :

« Je m'appelle Myuti Kange, mais je ne suis pas musulmane. Je suis une femme au foyer. Safia est ma fille. J'ai été approchée par la répondante ».

Le témoin est ensuite contre interrogé par le plaignant :

« Tu sais que tu as couché avec ma fille sans être marié. La répondante était venue chez nous seule. La dot a été payée par la répondante et c'est pourquoi elle devrait prendre les enfants avec elle (...). Une femme peut épouser une autre femme d'après les traditions Giriama. Ensuite, elle paye la dot et les enfants prendront le nom de la femme qui a payé la dot ».

Ensuite, les deux parties exposent leurs demandes finales :

Le plaignant :

« Je veux mes enfants. J'ai épousé Safia après qu'elle se soit convertie à l'islam ».

La répondante :

« Je veux seulement le remboursement de mes dépenses et les enfants. C'est tout ».

Le Kadhi fixe le jugement pour le 10 mars 2006, mais il est finalement repoussé car deux autres témoins sont entendus ce jour-là. Le premier d'entre eux prend la parole :

« Je m'appelle Mzee Kasizy Baya. Je suis le père de Bahati (Safia). Elle est ma fille aînée. Je suis païen. Ma fille est aussi païenne et elle ne s'est jamais convertie à l'islam. J'ai marié ma fille Bahati à une femme du nom de Riziki Mwangale, en l'échange d'une dot de 37,000 Shillings, que j'ai reçue en liquide. Riziki est une femme et ma fille est également une femme, mais elle peut épouser une autre femme de son choix. Ce n'est pas mon problème de choisir avec qui elle se marie. Je connais le plaignant, mais je ne l'ai pas marié à aucune de mes filles. C'est tout ».

Le témoin est contre interrogé par le plaignant :

« Ce n'est pas vrai que je t'ai marié à Bahati. Oui, tu es venu voir Mshasha, mais je ne suis pas au courant que tu aies rencontré Bahati ».

Le premier témoin de la répondante (Safia) est de nouveau interrogé par le Kadhi :

« Le plaignant a dit que nous avons quitté sa maison pour aller ailleurs le 5 février 2001 et nous sommes partis dans le but de me trouver un toit. Un jour, il m'a dit qu'il m'emmènerait là où il vit et où l'on m'apprendra le swahili. L'on m'a dit qu'il y avait un mariage islamique entre moi et le plaignant (...). Je n'avais pas d'enfant à ce moment-là. Après cela, nous sommes retournés à Mwyenye. C'était seulement moi et le plaignant (...). Maintenant, j'ai deux enfants. Maintenant, je n'ai pas d'époux et je n'en ai jamais eu. Le plaignant avait l'habitude de me tromper et de coucher avec moi dès que le garçon était absent. Mais nous avions des chambres séparées. Lorsque le plaignant a couché avec moi de force, je n'ai pris aucune part active. Le plaignant me disait qu'ils avaient fait un mariage swahili et il couchait avec moi. Mais il ne m'a jamais dit que j'étais sa femme. Je ne comprends pas ce qu'est un mariage. Je ne connais pas mon âge. Je ne suis pas une musulmane, mais une Giriama. Je n'ai jamais rejoint l'islam. Je vis à Mwyenye avec la répondante. Elle est musulmane. Elle prie, en tout cas elle m'a dit qu'elle priait. Le plaignant était à la maison. Le plaignant et la répondante vivaient en couple ».

Un troisième témoin de la répondante est alors auditionné :

« Je m'appelle Joseph Ngao. Je vis à Mtenye, Malindi. Je connais la répondante et le plaignant. Les deux vivaient en couple. Un jour, la répondante est venue me voir au sujet de Bahati et m'a expliqué qu'elle souhaitait l'adopter. Je l'ai dit au père de Bahati, Kanye Baya. Il a accepté, à condition qu'elle paye une dot. Ils se sont mis d'accord sur une dot de 37,000

Shillings et le contrat a été conclu. Ils vivaient tous en paix. Plus tard, des problèmes ont fait surface entre la répondante et le plaignant (...) Tout ce que je sais est que la dot a été payée par la répondante ».

Le troisième témoin est contre interrogé par le plaignant :

« Tu m'a dit de t'amener à Kanye Baya. Tu as vu la femme (...). Toutes les dépenses ont été payées par la répondante ».

Le Kadhi fixe la date du jugement pour le 17 mars 2006 et ce jour-ci, il prononce effectivement son verdict.

This case was filed by one Ali Said Salim accusing one Riziki Mwangala, his former wife on claims that she took possession of his wife Safia Karisa Baya and his children Said Ali Said and Fatuma Ali Said and prayed for the restitution of their custody to him. In the next paragraphs I will refer the litigants as plaintiff and defendant respectively. Since the question to be determined is in the real sense who are the real biological and legal parents of the children and who is the husband of the mother of the children and both litigants are Muslims, the court is competent to try this case.

This is a very strange case as the defendant, who is a Muslim lady of sound mind claims that the two children are hers on the basis that she got married to their mother Safia. The defendant never filed her defense but made appearance and attended all hearing sessions. Then she testified on oath that she paid a dowry of Ksh. 37,000/- to Safia's father Karisa Baya and on top she paid some bribal customary gifts as it is in the record.

According to the defendant the plaintiff fornicated with the lady before they solemnized their marriage secretly. She insists that if the woman loves the plaintiff she is at liberty to join him provided that he pays her all her expenses and the children. She was supported by testimony of four witnesses, including one of the suspect matter, Safia Karisa. Her position is that she was married to the defendant according to the Giriama customs. However she confessed that she cohabited with the plaintiff and she got the two children from him by way of *Zinai*. She denies confession to Islam nor being married to the plaintiff according to any Law. Both her father Kanye Baya and her mother Mishi Karisa consented that they married their daughter to the defendant. According to the plaintiff he got married to Safia Karisa Baya in accordance with Islamic Sharia after she confessed Islam. Their marriage was solemnized by Ustadh Abdallah Mohamed of Mtsangui on the 5th February 2001 in the presence of two witnesses identified as Athman Kassim Nfani and Al Amin Salim. None of them appeared before this court to confirm the marriage between the plaintiff and Safia, except Al Amin Salim who could not appear because according to the plaintiff his whereabouts is not known. In an effort to establish his marriage with Safia the plaintiff filed several documents, including a marriage certificate issued by the Kadhi's Office of Malindi. However the court has noted that there is discrepancy between the marriage certificate and the marriage notification note issued by Ustadh Abubakar Mohamed. The marriage certificate states that the marriage took place at the Kadhi's Chambers on the 19th of December 2002 and the Wali was her father Karisa Baya. But according to Ustadh Abubakar's note the marriage took place on the 5th of February 2001 at Matsanyoni on the bride's consent. The plaintiff also provided documents that show that the children are officially named after him, plus a photo of Bi Safia and himself while she is wearing *Hijab* (veil), a Muslim women dress.

Upon reading all documents filed here and upon hearing the parties and their witnesses on oath, this court is convinced that the plaintiff got married to Safia Karisa Baya. However that marriage was defective since it was done without Wali. According to the majority of Muslim scholars, such marriages are void. However according to Hanafi school of thought a marriage without a Wali is voidable as it depends on the consent of the Wali. I hold the opinion of the

majority of the Muslim scholars and declare this marriage void. After all she has blasphemed, which renders marriage dissolved immediately.

After saying that this is a void marriage we now proceed to look into paternity of the children who are born out of void marriage. According to Hanbali school of thought cohabitation in avoidable marriage is forbidden. However if occurred it confirms the paternity of the child. In principle the rest of the schools of thought hold the same opinion. Under such circumstances the best interest of the child must be considered and in establishing the paternity and legitimacy of the child is protector of the child (*citation en arabe*). I hold the same and confirm that the two children Said Ali Said and Fatuma Ali Said are the plaintiff's legitimate children with Safia Karisa Baya. However since the children are still in the tender age they shall remain under the custody of their mother Safia Karisa Baya and the plaintiff shall provide them with maintenance until they reach the age of (?) that is seven years when their custody should go to the plaintiff who will have the right to visit the children at least once in a month. The defendant's claims on the issue of the marriage between her and Safia Karisa is not entertained by this court as the rights she asks for are not recognized by the Islamic Sharia. It is therefore dismissed. As far as the defendant claims for her expenses this court finds it has no jurisdiction to try both claims as it is purely of civil nature. It should be heard before Principal Magistrate's Court. The cost is for the plaintiff.

Read in the presence of both parties on this 17th day of March 2006.

The parties agreed by this judgment. Right of appeal of 30 days.

10. Civil Case 39/2006

Seif Hamisi Ali (plaignant) vs Latifa Kamau (répondante)

Objet : Garde de leur enfant

Affaire ouverte le 7 juillet 2006 et jugée le 18 octobre 2006.

Les parties sont représentées par des avocats.

Ce couple s'est marié selon le droit islamique et les époux ont un enfant de 6 ans (Hamis Ali Seif). La répondante est née Filigona Kamau, de religion chrétienne, mais s'est convertie à l'islam en novembre 2000, avant d'épouser Seif Hamisi Ali.

Dans sa plainte, l'homme explique que peu après avoir donné naissance à cet enfant, la répondante a quitté le domicile conjugal pour vivre avec un autre homme. Mais l'enfant a toujours été à la garde et à la charge du plaignant. Il demande donc la garde de son enfant, pour le bien-être de ce dernier et parce qu'il a vécu avec son père depuis les quatre dernières années. Il précise que son épouse a quitté le domicile conjugal le 1^{er} mars 2003 pour habiter avec un autre homme, qu'elle a ensuite quitté pour vivre avec encore un autre homme. Il explique qu'elle a eu un enfant avec ce dernier. D'après le plaignant, son mariage avec la répondante n'a pas été annulé et est donc toujours valide. Il affirme que donner la garde de l'enfant à son épouse affecterait certainement le garçon car sa mère vit dans le péché avec d'autres hommes, en dehors de son mariage. Il explique que sa femme a toujours le droit de voir son enfant et qu'elle a accès au domicile de son époux pour voir le garçon.

La répondante établit sa défense par le biais de son avocat (datée du 27 juin 2006). Elle explique qu'elle connaissait le plaignant depuis 1996, avant de l'épouser le 26 novembre 2000. Ils ont eu un enfant avant leur mariage, en mai 2000. Les parties ont vécu ensemble jusqu'en 2003, année où ils se sont séparés. Au début, la femme est restée avec l'enfant, mais un beau jour, le plaignant a pris le garçon de force, sans prendre en considération le fait que l'enfant était très jeune et aurait dû rester avec sa mère. Les parties ont ensuite conclu un arrangement selon lequel la répondante pourrait rester avec leur fils les week-ends et

pendant les vacances. Cependant, le plaignant n'a pas respecté cet accord car il a déménagé à Mombasa, où il vit avec une autre femme. De plus, l'enfant ne vit pas avec lui, mais il l'a confié à ses parents qui le maltraitent. La répondante explique que par le passé les parents du plaignant ont été accusés par la police et par le « Children's Department » de nier la garde de l'enfant à sa mère, alors que le garçon souhaitait rester avec celle-ci.

Le 7 juillet, les avocats du plaignant ont présenté une lettre demandant que l'affaire soit auditionnée en urgence parce que la répondante n'a pas assumé ses responsabilités parentales, étant donné qu'elle a abandonné le domicile conjugal et cohabite avec différents hommes. De nouveau, il est indiqué que si la garde de l'enfant n'est pas retirée à la répondante, le garçon risque de souffrir en termes d'éducation et d'équilibre mental.

Une réponse est fournie par l'avocat de la répondante le 12 juillet. Ce dernier affirme que la femme pourrait faire objection à l'affaire dans sa globalité car le tribunal de Kadhi n'est pas enregistré comme tribunal pour enfants (Children's Court) et n'a donc pas autorité pour traiter des questions de garde des enfants. Il affirme donc que la demande du plaignant n'est pas justifiée devant ce tribunal.

Une audition est fixée le 12 juillet 2006, mais aucune des parties n'est présente et seul l'avocat de la répondante est présent. Une audition a finalement lieu le 4 octobre 2006, en présence seulement de M. Kupalia, l'avocat du plaignant, qui prend la parole.

« La répondante n'a pas souhaité apparaître devant ce tribunal pour présenter sa défense. Nous demandons la garde de l'enfant, Hamis Ali Seif, mais nous acceptons que la répondante ait le droit de visiter l'enfant les week-ends et les jours fériés. L'enfant a six ans et pendant les vacances, il va à la Madrasa. Sa garde par le plaignant ne devrait pas être remise en question. Les coûts de l'affaire devraient être payés par la répondante. C'est tout ce que j'ai à dire ».

Le Kadhi, en l'absence de la défense, fixe le jugement pour le 18 octobre, date à laquelle il émet un arrêt.

*This case was filed on the 7th of July 2006 under certificate of urgency. The parties are Muslim faithful and are married in accordance with Islamic Sharia. The subject matter is about the custody of the child Hamis Ali who is six years old. The plaintiff who is the father of the child prays for his custody on grounds that the defendant, the mother, has deserted the matrimonial home at the expenses of the child and without respect for the marriage and decided to cohabit with another man. The plaintiff's advocate requested for an *ex parte* judgment on ground that the defendant has failed to enter appearance within the prescribed time.*

When I presided upon the file I found that the defendant had on the 12th of July 2006 entered appearance through her advocate Muranje and Co. and files preliminary objection on the same day, claiming that the Kadhi's Court is not gazetted as a Children's Court hence it has no jurisdiction to entertain this suit.

*On the 7th of July 2006 the plaintiff took a hearing date *ex parte* when the matter was fixed for the 12th of July 2006. When the matter came up for hearing on the 12th of July 2006 only the defendant's advocate was present and ready to proceed, but he opted to stand over generally and the same was granted by the court. Thereafter the court was in dark about what the learned advocate wanted to be done about the case until the application for the request for the judgment dated 28th of August 2006.*

By virtue of the above genesis I am of the opinion that the plaintiff's application for the judgment cannot be granted on the grounds he relied upon. The defendant had made appearance within legal framework. The case was filed on the 7th of July 2006 and the appearance was effected on the 12th of July 2006 though the court has no information about when the service was effected.

About the preliminary objection that objects the jurisdiction of this court I concede to the defendant that the Kadhi's Court is not gazetted as a Children's Court. However by virtue of Section 5 of the Kadhis' Courts Act, Cap. 11 of the Laws of Kenya, the court has jurisdiction to determine matters of Muslim Law relating to personal status, marriage, divorce and inheritance. In my view the phrase personal status includes the entire civil matters. Moreover the Muslim marriage, divorce and inheritance include the entire family. Thus, there is no doubt that children are part of the family. Any question on marriage or divorce or inheritance affects either directly or indirectly children of the parties to the dispute. Therefore I maintain that this court has jurisdiction to hear children's questions where the original suit was on marriage or divorce or inheritance or even the right of the child. I have no doubt the court has power to determine questions related to the legitimacy of a child. I am not aware that the Children's Act abrogated in any way the Kadhis' Courts Act. The plaintiff is ordered to make necessary arrangements to fix this matter for hearing and in any case it should be before the 31th of October 2006.

Read this 18th of October 2006 in the presence of the plaintiff and his advocate.

M. Kupalia, l'avocat du plaignant, prend alors la parole :

« Nous sommes surpris d'apprendre que la répondante s'est présentée et a déposé une objection (...). Nous demandons que l'affaire reste en suspens ».

Le Kadhi prend la parole :

« La requête est accordée. L'affaire est suspendue ».

11. Civil Case 47/2006

Mariam Guyole Golo (plaignante) vs Bakari Hindadha (répondant)

Objet : Entretien et garde des enfants, entretien pour la période d'Edda.

Affaire ouverte le 15 août 2006 et jugée le 10 novembre 2006.

Les parties n'ont pas d'avocat.

Le couple s'est marié en 1991 selon le droit islamique. Ils ont quatre enfants : Hindadha Bakari Hindadha (8 ans), Haguye Bakari Hindadha (5 ans), Aisha Bakari Hindadha (3 ans) et Hussein Bakari Hindadha (3 mois). Les parties sont domiciliées à Garsen (Tana River District).

Dans sa plainte, la plaignante explique que son époux l'a négligée lorsqu'elle était enceinte et lorsqu'elle était malade, car il ne lui a jamais témoigné d'attention médicale. Lorsque la plaignante est tombée malade, le personnel du Garsen Health Center a conseillé de l'emmener au Malindi District Hospital, mais le répondant ne l'a pas fait. La plaignante affirme que l'ensemble de ses soucis provoque des problèmes mentaux. Elle explique qu'après l'avoir insultée, le répondant l'a répudiée le 8 août 2006, l'obligeant à se séparer de ses enfants, qui sont toujours jeunes et qui ont besoin de l'attention de leur mère. Elle explique encore que le mariage a été conclu sous condition de paiement d'une dot de quatre vaches, dont seulement deux ont été payées, qui sont d'ailleurs toujours en possession du répondant. En conséquence, la plaignante demande :

- *La garde des enfants et le paiement des frais d'entretien par le répondant, pour un montant de 300 Shillings par jour ;*
- *Les dépenses passées de 14,000 Shillings ;*
- *Le solde de deux vaches pour sa dot ;*
- *L'entretien pour sa période d'Edda, à un montant de 200 Shillings par jour ;*
- *Un certificat de divorce ;*

- *Le paiement des coûts de l'affaire par le répondant.*
Le répondant n'établit pas de courrier pour sa défense.

Une audition se tient le 29 août 2006, en présence de la plaignante uniquement. Cette dernière prend la parole :

« J'ai fourni au répondant, ainsi qu'au Chef de la zone et à un gardien de troupeau du village, du nom de Jawenye, une copie de la plainte et la convocation pour qu'il se présente au tribunal. Mais il a refusé de les recevoir ou même de les signer. S'il vous-plaît, aidez-moi ».

Le Kadhi :

« Le gardien de troupeau Jawenye est à l'instant convoqué pour se présenter devant ce tribunal et remplir une déclaration sous serment. Il devra en être informé au plus tard le 30 août 2006 ».

Une nouvelle audition se déroule le 7 septembre 2006, toujours en présence de la plaignante uniquement. Le gardien de troupeau Jawenye est également présent et prend la parole :

« Je suis le gardien de troupeau du village de Banchi, de la division de Garsen. J'ai reçu une convocation de ce tribunal le 24 août 2006, vers 21h30. Je me suis alors rendu chez le répondant, mais il n'était pas chez lui. Le matin suivant, je lui ai apporté la déclaration sous serment, mais il a refusé de la signer ou de la prendre. Je lui ai dit que son épouse avait déposé plainte contre lui. J'ai aussi pris contact avec son frère, mais ce dernier a également refusé (...) ».

La plaignante :

« Nous avons rempli la déclaration sous serment et le frère du répondant est présent dans ce tribunal. Nous prions de recevoir une date pour l'audition ».

M. Golo Hindadha, le frère du répondant s'exprime alors :

« Le répondant est mon frère. Mon frère a reçu la plainte, mais il ne pouvait pas la signer parce qu'il ne la comprenait pas. Nous demandons à avoir plus de temps pour pouvoir organiser notre défense ».

Le Kadhi :

« Le répondant a jusqu'au 12 septembre pour présenter sa défense. Une date pour les auditions sera fixée le même jour ».

Une nouvelle audition se tient donc le 12 septembre 2006, en présence du répondant et de deux autres personnes, venues pour la plaignante. Une première personne, venue représenter la plaignante, prend la parole :

« Je m'appelle Mohamed Golo. Je vis au village de Bandi, division de Garsen. Je suis un homme d'affaires. Je suis un oncle de la plaignante, que je représente ici parce qu'elle n'est pas saine d'esprit. La plaignante est l'épouse du répondant. Je les connais tous les deux. Nous habitons le même village. Ils sont un couple, qui s'est marié il y a environ seize ans et ils vivaient sans problème. Ce que le répondant affirme dans sa défense conforte notre position selon laquelle la plaignante était mentalement atteinte, ce pourquoi elle a menacé de brûler sa maison. Ce problème a débuté lorsqu'elle était enceinte de son jeune garçon, qui est maintenant âgé de trois mois. Le répondant n'a jamais pris la peine de la soigner, mais au contraire, il a décidé de divorcer (...). Nous lui avons demandé de la soigner, mais il n'en a jamais pris la peine, jusqu'à ce que nous rapportions l'affaire au sous-Chef de la zone, qui a ensuite convoqué les deux parties, ainsi que le gardien de troupeau. Nous étions tous présents

et le sous-Chef a ordonné au répondant de soigner la plaignante, mais le frère du répondant, Golo Hindadha, a juré devant le Chef qu'ils ne soigneraient pas la plaignante et jusqu'à aujourd'hui ils ne l'ont pas fait. Avant cela, les anciens ont demandé au répondant de soigner la plaignante et il avait alors donné 2,000 Shillings. En conséquent, nous avons emmené la plaignante à Malindi, mais nous n'avions pas assez d'argent pour les dépenses médicales (...). Pendant que nous attendions pour son traitement, il a envoyé la lettre de divorce (...). La dot consistait en quatre vaches. Il lui en a donné seulement deux et depuis elles se sont reproduites, donnant un total de treize têtes de bétail. Mais le répondant possède plus de 150 bêtes. Nous n'avons jamais été heureux du fait que le répondant divorce. Cela nous a vraiment choqués (...). Ils ont des enfants, qui sont âgés entre 8 ans et trois mois. Ils n'ont pas toujours le droit de rendre visite à leur mère. L'aîné est toujours en âge d'aller à l'école mais il doit s'occuper des chèvres. Le bébé est malade et son père ne le soigne pas. La plaignante pense toujours qu'elle est mariée au répondant. Nous demandons une somme de 300 Shillings pour ses dépenses quotidiennes si la prière pour la garde des enfants lui est accordée. Nous demandons enfin au répondant de rendre tous ses biens personnels à la plaignante, y compris sa carte d'identité ».

Le représentant de la plaignante est ensuite contre interrogé par le répondant :

« Tu t'es enfui avec la plaignante lorsque tu l'as épousée et c'est son père qui a accepté la dot en son nom. Je connais toute l'histoire. Nous n'avons jamais eu de raison de te demander de payer la dot avant, parce qu'elle ne s'était jamais plainte. Mais maintenant, il y a un problème, c'est pourquoi je suis intervenu. Tu ne t'es jamais disputé avec la plaignante, tu as simplement refusé de la soigner, alors pourquoi est-ce que tu me demandes de régler votre différend qui n'existe pas ? C'est son père qui a accepté l'offre de quatre vaches de dot en son nom (...) ».

Ensuite, un témoin de la plaignante est auditionné :

« Je m'appelle Huko Samwenye, je suis un gardien de troupeau du village de Bandi, location de Galili. Je connais les deux parties dans cette affaire. Ils étaient mariés, mais maintenant ils sont séparés. Le 17 juillet 2006, le répondant est venu me voir et m'a dit qu'il avait des problèmes avec la plaignante et qu'il voulait que je les résolve. D'après le répondant, la plaignante avait pris l'habitude de le réveiller en pleine nuit et de lui demander un traitement. Je suis allé chez eux, avec le frère de la plaignante, Hussein Guyole. Le répondant a proposé que la plaignante soit emmenée chez ses parents, jusqu'à ce qu'elle aille mieux. Nous avons pensé qu'elle était peut-être responsable. Le père de la plaignante a porté l'affaire devant le Chef, qui a ensuite convoqué toutes les parties. Ils se sont mis d'accord pour que la plaignante soit traitée. Elle a été soignée au dispensaire de Garsen et les dépenses ont été réglées par le répondant. Le 8 août 2006, ils sont revenus me voir et m'ont dit de convoquer une réunion des Anciens. Nous nous sommes réunis, moi-même, son frère, Golo Hindadha, Hamisi Galge, M. Goble et M. Shouggho. Le répondant nous a dit qu'il avait répudié la plaignante avec trois *Talaka*. Il a également dit que sa dot était une vache. Nous avons transmis l'information à la famille de la plaignante, mais ils n'ont pas accepté ».

Le témoin est ensuite contre interrogé par le répondant :

« Lorsque tu m'as appelé pour venir chez toi, tu m'as dit que la plaignante était la cause du problème (...). Je suis venu avec son frère et deux autres anciens, mais elle a refusé d'aller chez ses parents (...). Elle a dit qu'elle n'allait pas quitter sa maison avant qu'on lui accorde le divorce et sa dot de 10 vaches. Elle a refusé les deux vaches que tu lui offrais ».

Le répondant fait ensuite sa déposition, lors d'une nouvelle audition tenue le 13 septembre 2006:

« Je m'appelle Bakari Hindadha. Je vis au village de Baudi, location de Galili. Je suis un gardien de troupeau. La plaignante était ma femme. Nous nous sommes mariés en 1992 et j'ai divorcé le 8 août 2006. Nous avons quatre enfants, Hindadha Bakari Hindadha, Haguye Bakari Hindadha, Aisha Bakari Hindadha et Hussein Bakari Hindadha. Ils sont âgés respectivement de 8 ans, 5 ans, 3 ans et 4 mois. Tous sont avec moi, à l'exception du plus jeune, Hussein, qui vit avec sa mère. Hindadha et Saadia vont à l'école, ils sont respectivement à l'école primaire et à l'école maternelle. Ils étudient également à la *Madrasa*. La fille de mon frère m'aide à les élever. La plaignante a commencé à me causer des problèmes en désertant notre domicile quelques jours après avoir accouché de notre premier fils. D'après moi, elle a déserté la maison, par jalousie. *[Le répondant explique ensuite que les problèmes ont recommencé lors de la seconde grossesse de son ex-épouse. Cette dernière se montrait désagréable avec tout le monde, elle ne supportait aucune autre femme. C'est ce qui a décidé le répondant à exposer le problème aux « elders »]*. La décision des anciens était que, en cas de nouveau problème, je devrais en informer l'oncle de la plaignante, Mdalla Golo, alors qu'elle le porterait à l'attention de mon frère, Golo Hindadha (...). Ma famille devait nous aider, mais la plaignante a refusé toute aide venant d'eux. Cela m'a forcé à tout faire ».

Le Kadhi prononce son jugement le 10 novembre 2006.

Il ordonne le paiement de la dot de quatre vaches. En ce qui concerne la garde des enfants, il fournit une longue explication :

« About the custody of the children, Islamic Sharia grants such custody to the mother absolutely until they reach the age of seven years. Muslim scholars arrived at the above conclusion on the basis of where the best interest of the child lies. It is obvious that any child of a tender age needs the mother more than the father. This is under ordinary circumstances. However if it is proved that the mother does not qualify to become custodian of the child or when she does not take care of the child, then the child would be placed under the custody of any person who cares for him best. Prophet Mohamed (SAW) has once indicated in a case where a father wanted to take a child from his mother and the Prophet told them the mother deserved most to keep the custody of the child provided she does not marry to another husband. He also gave choice to a child who had attained a certain age to choose either of his parents. It appears from the above to presedence that the mother stands greater chance to enjoy the custody of her child. The first tradition makes it absolute that the custody of a child belongs to a mother until she gets married to another husband (...). The second tradition gives a freedom of choice to the child to select a parent of his choice. Under ordinary circumstances a child prefers a mother more than a father ».

12. Civil Case 49/2006

Mohamed Shariff Hassan (demandeur) vs Alwy Shariff Hassan (répondant)

Objet : Héritage.

Affaire ouverte le 18 août 2006 et suspendue le 16 octobre 2006.

Les parties sont représentées par des avocats.

Cette plainte concerne la distribution des biens de Shariff Hassan Alwy, décédé le 5 août 2005. Le défunt était un musulman, vivant à Malindi. Le demandeur est un des fils du défunt. Ce dernier a laissé une veuve (Nahyer Shariff Hassan Alwy) et onze enfants, soit sept fils (Mohamed Shariff Hassan, Alwy Shariff Hassan, Talal Shariff Hassan, Ahmed Shariff Hassan, Abdalla Shariff Hassan, Raid Shariff Hassan et Twarif Shariff Hassan) et quatre

filles (Alwiya Shariff Hassan, Sabah Shariff Hassan, Fatma Shariff Hassan et Rania Shariff Hassan).

Le plaignant affirme que le défendant a pris possession des biens du défunt, en l'en excluant. Il affirme également que le répondant gaspille et utilise mal les biens du défunt. Il demande donc la distribution des biens du défunt selon les règles du droit islamique.

Le répondant établit sa défense le 13 septembre 2006. Il explique tout d'abord que le plaignant n'a pas dit au tribunal que le défunt a laissé un testament, dont il fournit une copie. Dans ce testament, le défunt a désigné un administrateur et a donné certains de ses biens au plaignant, en expliquant les raisons de ce don. Il affirme que le plaignant n'était pas honnête et qu'il a été déclaré en banqueroute (une copie de l'arrêt de la Haute Cour de Mombasa déclarant la banqueroute est fournie comme pièce à conviction), donc qu'il n'a pas la capacité légale de poursuivre quelqu'un en justice ou d'être poursuivi, ou bien encore de signer un contrat légal. Il affirme donc que le plaignant a commis une offense en déposant cette plainte.

Remarque : une copie du testament du défunt est fournie. Ce document a été établi le 25 août 2004, en la présence de deux témoins (Solomon Mutungi et Rashid Mwachuo). Dans ce document, le défunt explique qu'il souhaite la distribution de ses biens entre ses enfants Alwy, Talal, Ahmed, Abdalla, Raid, Twarik, Alwiya, Sabah, Fatma et Rania. Mais il précise : « I wish to declare and let it known that my son from my first marriage one Mohamed Shariff Hassan took property worth over Ksh. 7 millions from me in 1991. I am only willing to give and I hereby give and bequeath to him exclusively that property known as one (1) flat at Gede Trading Centre registered in my name. It has four (4) rooms, a kitchen, a bathroom and a toilet ».

Le plaignant est auditionné le 5 septembre 2006 (il est seul devant le juge) :

« Le répondant a pris possession de tous les biens de notre père comme s'il était le seul enfant, toujours en vie, du défunt et il a échoué à fournir au plaignant un compte de ces biens depuis tout ce temps, alors que la propriété en question génère des revenus sous forme d'un loyer, s'élevant à environ 580,000 Shillings par mois. Le répondant utilise mal l'argent ainsi collecté, il n'a par exemple jamais payé les factures médicales de notre père. Le 16 août 2006, M. Ole Kina a écrit une lettre au répondant, lui demandant de payer 135,000 Shillings. C'est pourquoi je prie ce tribunal d'empêcher le le répondant, que ce soit lui-même ou par le biais d'un agent ou d'un intermédiaire ou tout autre personne, d'utiliser, gérer ou disposer de la propriété du défunt Shariff Hassan, jusqu'à ce que cette affaire ait été auditionnée et jugée. Toutefois, le compte en banque devrait continuer à être rémunéré, comme cela est le cas actuellement. Ensuite, les *Nairobi Homes* devraient fournir au tribunal les relevés de compte entre août 2005 et aujourd'hui et devraient recevoir l'ordre de ne donner aucune somme d'argent au répondant. Ce dernier devrait recevoir l'ordre de fournir au tribunal le relevé de compte où apparaissent les loyers qu'il a perçus depuis août 2006 jusqu'à aujourd'hui. Tous les locataires devraient être contraints de ne pas payer les loyers au répondant, mais aux *Nairobi Homes*. Ensuite, les débiteurs devraient être astreints à fournir au tribunal le montant de la dette due et la somme qu'ils reçoivent mensuellement. Les débiteurs sont : Barclays Bank, Nairobi ; Housing Finance, Mombasa ; City Finance, Mombasa ; ICDC, Mombasa. Les biens pourraient être gérés par Nairobi Houses ou n'importe quelle autre personne jugée apte par le tribunal. C'est tout ».

Le Kadhi fixe une date pour un arrêt, qui est rendu le 6 septembre 2006.

This is a chamber summons presented to this court on the 18th of August 2006 under Order XXXIX Rules 1, 2 & 7 and Order XXXVI Rule 12 of the Civil Procedure Rules, Section 3A of the Civil Procedure Act and all enabling provisions of Law applicable.

The application was brought under certificate of urgency.

Upon reading the application supporting affidavit sworn by the applicant/plaintiff and upon hearing the plaintiff/applicant it is hereby ordered:

- (a) That the application is certified urgent and service be dispensed with the first instance;
- (b) That a temporary injunction do issue restraining the defendant/respondent by himself, his agent, servants or any other person claiming under him from taking, using, collecting, wasting or in any other manner dealing with the estate of the deceased pending the hearing and determination of the originating summons filed herein;
- (c) That all tenants who used to pay the rent to the defendant/respondent are hereby ordered not to pay to him any rent, but instead to pay it to the Nairobi Homes who will be managing the entire estate of the deceased;
- (d) That the Nairobi Homes is hereby appointed to manage the entire estate of the deceased deduct the fees, continue paying the monthly instalments payable to the following debtors: Barclays Bank Nairobi, Housing Finance Mombasa, City Finance Mombasa, ICDC Mombasa. And retaining the balance until it sets further orders from the court;
- (e) That both the defendant and Nairobi Homes are ordered to furnish this court with an upto date statement of account of the rent they collected from the estate of the deceased from August 2005 to date;
- (f) That the following institutions are hereby ordered to furnish this court with the detailed statement of debt which the deceased owed them (Barclays Bank Nairobi, Housing Finance Mombasa, City Finance Mombasa, ICDC Mombasa);
- (g) That this application be served upon the defendant/respondent and be heard interparty on the 19th day of September 2006.

Dated at Malindi this 6th day of September 2006.

Sukyan Hassan, Kadhi.

Une nouvelle audition se tient le 13 septembre 2006, en présence des deux parties.

M. Wasuna, pour le répondant, prend la parole :

« Nous étions devant ce tribunal le 5 septembre 2006 au sujet de la plainte principale et nous avons fixé une date pour l'audition, qui devait se dérouler le 19 septembre 2006. Le 6 septembre, le tribunal a ordonné que les *Nairobi Homes* soient déclarés responsables de la gestion des biens et du paiement des dettes. Les *Nairobi Homes* et le répondant ont par ailleurs reçu l'ordre de fournir au tribunal les relevés de compte. Nous sommes ici sous certificat d'urgence, pour demander au tribunal de rendre un arrêt pour lever les ordres donnés au répondant. Nous avons quatre raisons, mais nous allons nous appuyer sur la quatrième d'entre elles seulement. Elle est soutenue par les paragraphes 11-13 de notre déclaration de réponse sous serment. Les frais de scolarité ne vont pas être payés et nous joignons les factures au dossier. Deux des enfants vont à l'école. Abdalla étudie à la *Jomo Kenyatta University of Agriculture and Technology*. Ahmed Shariff étudie à la *Wammy Secondary School*. Les frais de scolarité s'élèvent à 10,000 Shillings, les frais de scolarité à Jomo Kenyatta sont de 34,730 Shillings, le logement s'élève à 5,000 Shillings, les frais de stage sont de 4,200 Shillings, le prix des livres est 9,000 Shillings et la nourriture s'élève à 18,000 Shillings pour les trois semestres. Il y a encore d'autres frais : 21,000 Shillings pour les deux, ce qui devait être réglé au plus tard le 11 septembre 2006. L'arrêt du tribunal met l'éducation des enfants en danger. En plus des frais de scolarité, l'éducation générale des enfants coûte environ 60,000 Shillings (...) ».

Un nouvel arrêt est rendu par le Kadhi le 14 septembre 2006 :

This is an application brought under certificate of urgency by the court on the 6th of September 2006. The applicant raised four grounds of opposition but during the hearing of the application his advocate, Mr. Wasuna Kiamba, decided to argue only on ground 4.

Upon reading the grounds of opposition, replying affidavit sworn by Alwy Shariff and upon hearing Mr. Wasuna's argument, I am of the opinion that the application has no sufficient reasons to warrant urgency. The ground shown was mainly on the fees of some beneficiaries who are schooling at various parts of the country. However, I have seriously noted that by the time when the application was filed payment of the school fees has been overtaken by an event. Schools were opened on the 4th of September 2006. Any arrangement of the payment of the school fees could be done long before that. Our instruction order was issued on the 6th September 2006, two days after the schools were officially opened. I have also seriously noted that the letter from Jomo Kenyatta University of Agriculture and Technology is defective as it has no date. Therefore, I maintain that the application has no merit to warrant the orders sought. It is therefore dismissed.

Read on the 14th day of September, 2006 in the presence of the respondent and the applicant.

Le 20 septembre, les deux parties se rendent auprès du tribunal de Kadhi de Mombasa et demandent que leur affaire soit auditionnée. Les avocats des parties sont également présents (Kiarie Kariuki pour le plaignant et Wasuna Kiamba pour le répondant). M. Kiamba s'exprime le premier :

« L'affaire est sous certificat d'urgence et a été transférée de Malindi. Nous voulons une note indiquant qu'elle peut être entendue ici à Mombasa. Nous avons été informés que le Kadhi de Malindi va être absent pendant vingt-et-une semaines. C'est tout ».

Sheikh Twalib A. Mohamed, le Kadhi de Mombasa lui répond :

« Le Kadhi de Malindi participe à une réunion qui doit se terminer demain, le 21 septembre 2006. De plus, une affaire ouverte à Malindi ne peut pas être transférée à Mombasa sans un arrêt de la Haute Cour, d'après l'article 18 du *Civil Procedure Act*. En conséquence, le dossier doit retourner à Malindi pour le 22 septembre 2006, pour une audition par le Kadhi de Malindi ».

Ainsi, une nouvelle audition se tient le 22 septembre, devant le Kadhi de Malindi. Les deux parties sont présentes, ainsi que M. Wasuna pour le répondant. Ce dernier prend la parole :

« Étant donné que nous allons décider d'une autre date pour l'audition de l'affaire principale, je prie le tribunal d'amender l'injonction donnée le 6 septembre 2006 pour donner aux *Nairobi Homes* le pouvoir de payer les frais de scolarité pour Ahmed Shariff (Burhani Secondary, Malindi, 10,000 Shillings pour cette période), Rarwa Shariff (10,500 Shillings), Tariza Shariff (Town Primary, Malindi, 4,500 Shillings pour cette période) et Abdalla Shariff (étudiant à la Jomo Kenyatta University of Agriculture and Technology depuis le 20 juin 2006. Le troisième semestre s'élève à 34,200, ce qui onclut toutes les dépenses). C'est tout ».

Le plaignant s'exprime ensuite :

« Je n'ai aucune objection. Les frais de scolarité de mes frères doivent être payés. Cependant, je voudrais que les *Nairobi Homes* paient directement aux écoles ».

M. Wasuna :

« Nous n'avons pas d'objection ».

Le Kadhi prend alors la parole :

« Les parties se sont mises d'accord pour un amendement de notre précédent arrêt du 6 septembre 2006. Par consentement, l'arrêt en question est ici amendé et les *Nairobi Homes* obtiennent le pouvoir de payer les frais de scolarité directement aux institutions ».

Le 4 octobre 2006, une audition se déroule en présence des deux parties et de leurs avocats. M. Ben Ochieng, pour le plaignant, s'exprime en premier :

« Je plaide la cause de T.A. Advocate pour le plaignant, M. Wasuna est ici pour le répondant. Ma consigne est que l'avocat du plaignant est sur le point de recevoir et d'étudier des documents liés à l'affaire et a besoin de plus de temps. C'est pourquoi nous demandons un ajournement. C'est tout ».

M. Wasuna :

« M. Ochieng n'a aucun droit à être entendu devant ce tribunal, étant donné qu'il n'y a ni avis de nomination d'un avocat pour le plaignant, ni avis de changement d'avocat dans le dossier. Le plaignant était présent en personne tout au long de l'affaire. C'est seulement à partir du 20 septembre 2006 que le plaignant a été représenté par M. Kiarie Kariuki, qui a alors demandé plus de temps pour obtenir plus d'information au sujet de l'affaire et, par consentement entre les parties, l'affaire avait été fixée pour le 22 septembre 2006. Lorsque la question a été portée pour une audition, le 22, le plaignant était présent en personne et a demandé un ajournement. Par un arrêt du tribunal, l'affaire a été ajournée et la date d'audition a été fixée pour aujourd'hui. Le plaignant s'est présenté sous certificat d'urgence mais il a ensuite ralenti les choses après un ordre en sa faveur le 6 septembre 2006. D'habitude, de telles questions devraient être auditionnées et jugées aussi vite que possible. Après une lecture attentive du dossier, le tribunal note que les plaideurs sont des hommes matures et indépendants. Mais il y a des personnes mineures qui dépendent directement de la propriété qui fait l'objet du différend et qui vivent maintenant comme indigents, alors que les biens qui font l'objet du différend pourraient les nourrir. Dans le dossier également, le tribunal trouvera que le demandeur a déposé une demande de banqueroute, d'après la loi sur la Banqueroute No. 1 de 1994 et il a alors été déclaré en banqueroute et un receleur officiel fut désigné pour lui. En vertu de la loi sur la Banqueroute, la plaignant est dans l'interdiction de porter toute action ou de signer tout document en son propre nom. Tout devrait être fait par le receleur officiel. Sur la base des faits exposés précédemment, nous nous opposons à la demande d'ajournement ».

M. Ochieng :

« C'est un droit constitutionnel pour n'importe quelle personne d'engager un avocat pour le représenter et lui donner conseil. L'affaire devant ce tribunal était sérieuse et impliquait de nombreuses questions de droit. C'est pourquoi, dans l'intérêt de la justice, je prie pour que le demandeur ait le droit d'engager l'avocat de son choix ».

Le même jour, le Kadhi rend une décision :

This is a succession matter coming up for hearing today. Mr. Ben Ochieng holding brief for Yasmina Ali and Co. Advocate for the applicant told the court that his instruction was to seek for an adjournment since the counsel of the applicant is studying the substance of the suit. This prayer was objected by the respondent counsel on grounds that as far as he is concerned he is not aware of any advocate for the applicant. Therefore, Mr. Ochieng has no right to audience before this court. Secondly the applicant's application was filed under certificate of urgency and he started asking for adjournment immediately after the same was granted in his favour. Therefore, this adjournment requests are based on a bad faith.

Upon hearing the learned counsels I concur with the sentiment of the respondent counsel. Upon perusing the record of this file I have not seen duly appointed advocate appearing for

this applicant. So, as far as I am concerned, the applicant is in person. Likewise, the applicant started applying for adjournment immediately after injunction order were issued on the 6th of September, 2006 in his favour. However, I give the applicant a 1st chance and adjourn the matter with costs and it is fixed for hearing on the 16th of October 2006.

It is so ordered.

Sukyan Hassan, Kadhi.

Une nouvelle audition se tient le 16 octobre 2006, en présence des deux parties et de leurs avocats. M. Hamza (pour le plaignant) prend la parole :

« Je suis ici pour représenter le demandeur dans cette affaire. La dernière fois, j'ai envoyé un représentant pour plaider en mon nom. Il s'agissait de Ben Ochieng. J'ai eu vent que l'avocat du répondant souhaitait soulever une objection préliminaire et que nous fassions une réponse écrite sous serment. Sur la base de ces faits, nous voulions nous renseigner au sujet de la banqueroute auprès du Public Trustee. Ils nous ont informés qu'il y a une affaire de banqueroute en instance. C'est pourquoi nous devrions amender les actes, pour y inclure le Public Trustee. Ceci dépend des congés du tribunal et de la rapidité avec laquelle le Public Trustee va fournir l'information. Pour aujourd'hui, je ne peux pas continuer avec les auditions. C'est pourquoi, je demande un ajournement ».

M. Wasuna (pour le répondant) :

« La dernière fois, Ben Ochieng a demandé un ajournement au nom de M. Hamza. Le tribunal lui a accordé cet ajournement. Nous avons joint la lettre de banqueroute du receleur officiel. Ils ont disposé de suffisamment de temps pour faire leur enquête sur la question. Le demandeur n'a aucune capacité légale pour remplir tout document que ce soit, à l'exception de ceux qu'il a reçus officiellement. Il est de mon avis que l'affaire devrait être terminée et reprise du début, par l'intermédiaire du receleur officiel. Ceci est la procédure normale. Un amendement peut être fait. Je m'oppose à la demande d'ajournement ».

M. Hamza :

« Si je peux me permettre une réponse rapide, nous avons eu confirmation de la part du Public Trustee qu'il y a banqueroute. Ce dont nous avons besoin c'était la présentation des documents nécessaires pour que nous procédions aux amendements requis. Il s'agit d'une affaire de succession et le demandeur devrait obtenir réparation. L'avocat du répondant n'a cité au tribunal aucune disposition juridique qui interdit à mon client de procéder à ces actes. De même, nous sommes en pleines consultations. C'est pourquoi nous avons besoin de plus de temps ».

Le même jour, le Kadhi rend une décision :

This case was coming up for hearing today after the court made the last adjournment on the 4th of October 2006. Mr. Hamza, the plaintiff's advocate, asked for an adjournment on ground that there is preliminary objection raised by the defendant that the defendant has been declared bankrupt hence he has no legal capacity to file the suit. Though he has established that his client has been declared bankrupt but he needed more time to be furnished with necessary documents by the Public Trustee to help him to make necessary amendments to the suit by adding the official receiver.

The position of the defendant was that since the plaintiff is a bankrupt the only remedy is to discontinue the present suit and file a fresh one through the Government official receiver.

Upon hearing the learned counsel it appears that there is consensus that bankruptcy renders total incapacity. This is so as per the Bankruptcy Act as well as order XXXIII, Rule 7 of the Civil Procedure rule. However, this court is mandated to exercise its jurisdiction within the

limits of Islamic Sharia. Attention is brought to Section 6 of the Kadhi's Courts Act, Cap. 11 Law of Kenya.

In my view, a Kadhi's Court is a special court mandated to apply Sharia as special law. It is a well founded principle of the law of interpretation that whenever there is a conflict between a special law and general law, special law prevails. Bankruptcy is a well established law in Islamic Sharia. It is defined as a bar or prevention of a debtor whose liabilities exceed his assets and as a result failed to pay his debt, from disposition of his assets in much as such disposition prejudice the rights of his creditors. According to Imam Abu Hanifa, a bankruptcy does not incapacitate the bankrupt. His freedom of disposition should not be interfered with. However, the preferred opinion in this school of thought is the opinion of the two companions Abu Yussuf and Mohamed Ibn Hassan Al-Shaiba, whose opinions correspond. The opinion of the majority of the Muslim jurists, i.e. Maliki, Shafei and Hanbali is that a bankruptcy vitiates a bankrupt from his property dispositions, in order to safeguard the interest of his creditors. This is supported by the tradition of the Prophet (SAW) that he declared a *Swahaba* called *Muath* bankrupt, sold his property and distributed among his creditors (See *Bidayat Al-Muitahid*, 2/2801, *Alqawanin Al-Fighia* pg. 318, *Al-Hidayat maa takemulat al-fathi*, 7/324). A close look into the work of the Muslim jurists on this subject reveals that a bankrupt person is stopped from disposition of his property if the same may have negative impact on the rights of the creditors, which gift donation, waqf (mormain) to become a guarantee or suretyship or giving loans, etc. he is allowed to maintain himself and his dependents, he can marry one wife with a considerable amount of dowry, may divorce in exchange of certain property, he may relinquish blood money indemnity, etc.

From the foregoing it is clear that Islamic Sharia emphasizes on the rights of the creditors, that is why it curtails the free hand of the bankrupt on his assets. Apart from that, he is at liberty to go about his other affairs. He can possess or even claim any right through the effect of the bankruptcy shall be extended to it, as rightfully expounded by Al-Shafii. He gives the example on exempt of properties. That comes into the ownership of a bankrupt after he has been declared the same. He talks of Hiba (present), will, fishing, etc. A close comparison between Sharia and the modern law on this subject is that the position of the modern law is a blanket one and completely incapacitates the bankrupt to an extent that he cannot hold an office, he cannot marry or even cast a vote. While Islamic Sharia limits itself only to the extent of safeguarding the interest of the creditors.

The case before me is on succession: Islamic law of succession bars only three categories of heirs from getting their share. These are:

- A killer, a heir who caused the death of the person whose property is to be inherited,
- Difference in faith, if the deceased and the heir belong to different religions, eg. Islam and Christianity,
- Slavery.

It is as good as properties to be inherited on the basis of the above argument and keeping in mind of the power confied on this court by Section 66 of the Constitution and Section 6 of the Kadhis' Courts Act. I am of the opinion that Islamic Sharia does not bar a bankrupt from filing legal suit. This does not mean that he will have free hand on his share of the estate. In order to safeguard the interest of the creditors, this court shall hand over such property to the Government official receiver.

In short, I maintain that under Islamic Sharia a person declared bankrupt is bared from disposition of his property in any manner detrimental to the interest of his creditors. Otherwise he can go about his other affairs including acquiring other assets through any lawful manner even if it involves legal proceeding. As such the preliminary objection raised on the ground of bankruptcy is dismissed.

Read this 16th day of October 2006, in the presence of the parties and their advocates.

Any party aggrieved by this may appeal in the next 28 days.

Après le rendu de cette décision, M. Wasuna prend la parole :

« À l'heure actuelle, je ne suis pas prêt à poursuivre l'audition. J'ai besoin de temps pour consulter. Je prie pour que l'arrêt rendu aujourd'hui reste en suspens ».

M. Hamza :

« Je n'ai pas d'objection à la demande de M. Wasuna ».

Le Kadhi :

« Par consentement, l'affaire est placée en suspens. Le répondant peut obtenir une copie de l'arrêt, sous condition de paiement ».

L'affaire est donc suspendue.

13. Civil Case 54/2006

Swabrina Bakar Masuo (plaignante) vs Nadhiru Khamin (répondant)

Objet : Dot et entretien pour la période d'Edda.

Affaire ouverte le 4 septembre 2006 et terminée le 25 octobre 2006.

Dans sa plainte, la femme explique avoir épousé le répondant le 15 juillet 2006 mais que ce dernier l'a répudiée (Talak) deux jours plus tard, le 17 juillet 2006, en lui promettant de lui verser 250 Shillings par jour pour sa période d'Edda. Elle affirme également qu'avant leur mariage, le répondant avait promis de lui payer une dot de 30,000 Shillings, ce qu'il n'a pas fait.

Une audition a lieu le 26 septembre 2006, en présence des deux parties. La plaignante fait sa déposition en premier.

« Je m'appelle Swabrina Bakar Masuo. J'ai épousé le répondant le 15 juillet 2006. Le mariage a été enregistré par Sheikh Hussein, Assistant Registrar. Ma plainte est que le divorce est sans aucune raison que je sache. Au cours de notre mariage, nous avons convenu qu'il me verserait ma dot en paiements échelonnés, à condition que nous vivions ensemble, mais que si nous divorcions, il devrait me la donner en une seule fois. Ma dot s'élevait à 30,000 Shillings. Jusqu'à présent, il ne m'a payé que 2,000 Shillings. Je prie donc pour le solde de 28,000 Shillings, ainsi que pour mon entretien pour la période d'Edda, au taux de 250 par mois ».

Le répondant fait ensuite sa déposition :

« Je m'appelle Nadhiru Khamisi. Je vis à Watamu. Je suis sans emploi. La plaignante est mon ex-femme. Nous nous sommes mariés le 15 juillet 2006 et j'ai divorcé le 17 juillet 2006. Nous n'avons pas d'enfant. La raison de notre divorce est que notre mariage a été conclu de force et sous des menaces. Trois jours avant notre mariage, nous étions à la station de police de Watamu. La raison est que nous vivions ensemble mais nous avons eu des rapports sexuels une seule fois. Son père était très fâché et il nous a dénoncés à la police, qui nous a arrêtés. Nous avons été arrêtés séparément. À la station de police, on m'a donné le choix, soit d'épouser la plaignante, soit de répondre devant la loi. Afin de sauver ma personne, j'ai opté pour la première solution et je l'ai épousée. Malheureusement, je n'étais pas prêt, c'est pourquoi j'ai divorcé après seulement deux jours. Je suis sans emploi. Je n'ai même pas de maison. Ces deux nuits, nous les avons passées dans la maison de mon frère. Je ne pouvais même pas lui fournir de nourriture. La plaignante a menacé de prendre du poison pour se suicider. Finalement, elle a acheté de la Mort aux Rats. J'en ai parlé à sa mère et à une voisine. Mon frère, Suleiman Hamisi a rapporté l'affaire à la police. Elle a même fini par

prendre le poison. Nous lui avons donné du lait, que Somoye avait apporté. C'est vrai que la dot s'élevait à 30,000 Shillings et que j'ai payé seulement 2,000 Shillings. Je suis prêt à payer le solde de 28,000 Shillings, mais je n'ai pas d'argent et je n'ai pas d'emploi. Je ne suis pas prêt à payer pour sa période d'*Edda*, qu'elle ne mérite pas, selon les dispositions de la Charia. Je prie pour avoir plus de temps pour payer sa dot ».

Le répondant est ensuite contre interrogé par la plaignante :

« Je ne t'ai pas empêchée de prendre du poison. Nous étions amis avant de nous marier et après que nous ayons divorcé tu as eu au moins trois petits copains (...). Au sujet du paiement de la dot, je souhaiterais que tu me laisses deux ans ».

La plaignante répond :

« Je ne peux que te donner un mois pour payer la dot ».

Le Kadhi contre interroge alors la plaignante :

« Nous avons vécu ensemble comme amis pendant un mois avant le mariage. J'ai seize ans. Je ne suis jamais allée à l'école. Je suis née à Malindi et j'ai vécu à Watamu. Mes deux parents sont toujours en vie et ce sont eux qui m'ont élevée. J'ai deux frères. Ils vont tous les deux à l'école. Je prie et je jeûne seulement pendant le mois de Ramadan. C'est vrai que nous avons été arrêtés. À la station de police, les anciens sont venus, y compris mon père et Ustadh Bwana, puis on nous a transférés de la cellule pour le bureau du DC. Ustadh Bwana a demandé si nous étions prêts à être mariés et nous avons accepté. Ensuite, un accord a été écrit et nous l'avons signé. Le contrat de mariage a été signé dans les bureaux du DC. C'est tout, puis nous sommes allés dans la chambre du *répondant*. Je connais le *répondant* depuis un an. Il travaillait dans une agence de voyages. Je ne suis pas au courant de tout bien que ce soit en la possession du répondant. Nous avons vécu ensemble depuis septembre 2005. Notre intention était de nous marier d'ici 2007 ».

Ensuite, le Kadhi contre interroge le répondant :

« J'étais sous la menace, c'est pourquoi j'ai accepté une dot de 30,000 Shillings. C'est vrai que nous avions l'intention de nous marier (...). Je veux que l'on me donne une année pour payer la dot. Je ne suis pas prêt à révoquer le divorce ».

Le Kadhi prononce son jugement le 13 octobre 2006.

This is a matrimonial cause and the plaintiff asks for Ksh. 28,000/- being the balance of her dowry, Edda maintenance at the rate of Ksh. 250, costs of the suit and any other relief the court may deem fit to grant.

The parties got married on the 15th of July 2006 and divorced on the 17th of July 2006. The plaintiff says that she could not know why the defendant, whom they loved each other long before the marriage, decided to divorce her. According to the defendant, they got married under threat as they were first arrested by the Police and given an alternative either to accept marriage or face the Law and the marriage took place in the DC's office. The defendant said that he was jobless and has no money to maintain the plaintiff and that since he could not feed the plaintiff she opted to commit suicide. He prayed for a period of one year within which he will strive to pay the dowry. However, he declined to pay Edda maintenance on ground that the plaintiff never observed Edda as the requirement of the Sharia. The parties are at agreement that they loved each other and stayed together before. They were arrested and married at the DC's office of Watamu Police Station. I have no doubt that it was not a willful marriage as the parties consent was obtained by threat. Though the parties are not questioning the legality of the said union I am of the opinion that any contract entered under an influence of threat and coercion is void. The reason is that marriage is a contract and no contract is valid

under such circumstances. However since the parties have executed the substance of the void marriage by sleeping together or staying together in seclusion or in a house, the agreed dowry becomes due and it should be paid by the defendant. However, since the defendant is poor and the plaintiff could not tell any property belonging to the defendant, he should be considered as poor and given a period of one year to pay it. Chapter 2:280 states that: « And if someone is in hardship, then let there be postponement until a time of ease. But if you give from your right as charity then it is better for you if you only knew ».

About the Edda, the plaintiff's past support the defendant's claim that she never observed the Edda according to the Sharia. He told the court that the plaintiff had about three boyfriends and she was found swimming at the beach. In my view if the plaintiff could stay with the defendant without marriage, there is nothing that could prevent her from having other boyfriends after she lost the defendant with the said divorce. Therefore, I dismiss the prayer for the Edda maintenance.

Costs for the plaintiff. All payments to be made through the court.

Read this 5th day of October 2006 in the presence of both parties.

Any party aggrieved by the judgment may appeal in the next 28 days.

Cependant, après ce jugement, une nouvelle audition a lieu le 25 octobre, en présence des deux parties. La plaignante s'exprime en premier :

« Je demande le paiement des frais qui sont compris dans cette affaire. Je suis venue de Watamu pour me rendre à Malindi quatre fois pour cette affaire et le prix du matatu s'élève à 75 Shillings pour chaque voyage. Cela fait un total de 600 Shillings. Le dépôt de la plainte m'a coûté 425 Shillings pour les frais de tribunal et 1,375 Shillings pour la rédaction de la plainte. J'ai également perdu de l'argent à mon travail à Watamu, pour un montant quotidien d'environ 800 Shillings. C'est tout ».

Le répondant prend ensuite la parole :

« Je suis prêt à payer les coûts de la plaignante, 1,800 Shillings pour le transport, pour un montant de 70 Shillings par voyage pour quatre jours. Je ne suis pas disposé à payer pour sa nourriture, parce qu'elle jeûnait. Le soir, elle mange chez ses parents ».

Le même jour, le Kadhi rend un nouvel arrêt :

This is an application on costs. The plaintiff/applicant claims for Ksh. 7,800/- in total. The defendant/respondent said he was ready to pay only Ksh. 4,600/-. The plaintiff/applicant could not prove her claims except Ksh. 800/-, being preparation of the plaint and the court fees, her lunch, Ksh. 800/- and transport, Ksh. 560/-. This totals Ksh. 3,160/- only. General damages of Ksh. 3,200/- is dismissed because it was expected on unlawful consideration. The plaintiff/applicant told the court that she expected the Ksh. 800/- daily income out of prostitution. In fact the plaintiff/applicant has lacked respect for herself as well as for the court. Therefore she deserves only Ksh. 3,160/- as costs but since the defendant/respondent has asserted his intention to pay Ksh. 4,600/- the court orders for the same.

Read this 25th day of October 2006 in the presence of both parties.

MOMBASA

14. Civil Suit 9/2003

Nassir Abeid Said (plaignant) vs Abdulrahim Mohamed Swaleh (répondant)

Objet: Héritage

Plainte déposée le 27 janvier 2003. Les deux parties sont représentées par des avocats.

La plainte est déposée par l'intermédiaire de l'avocat du plaignant. Le plaignant affirme que le défunt Mzee Mahfudh Salim Ahmed lui avait légué ses biens avant sa mort en avril 2000. Il explique que les biens du défunt consistent en une maison située à Mwandoni et de l'argent, actuellement en la possession du répondant. Le plaignant demande que les biens du défunt soient distribués selon les souhaits de ce dernier et en respect du droit musulman.

L'avocat du répondant établit une réponse le 18 février 2003. Dans cette lettre, le répondant nie que le défunt ait jamais légué ses biens au plaignant et que seuls les membres de la famille du défunt, qui vivent au Yémen, peuvent hériter de ses biens. Le répondant explique que, s'il est vrai que le défunt a laissé une maison sans terrain à Mwandoni et de l'argent correspondant à des loyers, collectés par le répondant, il a également laissé des loyers aux mains du plaignant pendant plusieurs années, ce dont le plaignant a refusé ou négligé de rendre compte. Le répondant affirme que le plaignant n'a aucun lien familial avec le défunt et que c'est lui, le répondant, qui les a présentés et a nommé le plaignant pour aider le défunt à gérer la maison lorsque lui-même a souhaité voyager au Yémen. Le répondant affirme que c'est à partir de ce moment que le plaignant a frauduleusement préparé le prétendu testament, qui est illégal, afin de se léguer à lui-même les biens en question. Il réfute l'argument selon lequel le défunt aurait souhaité que ses biens soient légués au plaignant, dans la mesure où ce dernier n'a aucun lien familial avec le défunt. En conséquence, il affirme que le testament en question est contraire à la charia, que les biens du défunt devraient être transmis aux parents de sang du défunt, qui vivent au Yémen et que le plaignant ne peut pas hériter selon les règles de la charia. Le répondant demande donc un sursis et que le plaignant rende compte des loyers qu'il a reçus.

Le dossier consulté au tribunal contient une copie du testament en question, datée du 28 avril 2000 (cette pièce est classée « Exhibit 1 »). Il stipule :

WILL, heard from Mzee Mahfudh on Friday night, 28th April 2000 while fully awake and conscious at Mombasa Nursing Home.

In case of my death, I am leaving behind a house and unspecified amount of money (amount can be known from the person having it) my heirs and rightfull beneficiaries shall be:

1. Nassir Abeid
2. Ahmed Salim

Heard and written by Muhsin Mohid, doctor on duty, Mombasa Nursing Home.

In the presence of Nassir Abeid, Hassan Ali, Said Abeid.

Une audition se tient le 16 mars 2004. Les deux parties sont représentées par leurs avocats : M. Mwinyi pour le plaignant et M. Kiema pour le répondant. Le plaignant est interrogé par M. Mwinyi (déposition en swahili):

« Je m'appelle Nassir Abeid Said. Je vis à Bondeni. Je connais Abdulrahim Mohamed Swaleh. Il est le répondant. J'ai déposé plainte contre lui au sujet de la succession du défunt Mahfudh Salim Ahmed Bajber. Mzee Mahfudh n'est pas mon parent de sang. Nous l'avons rencontré, étant donné que ma tante paternelle est l'épouse du frère de Mzee Mahfudh. Ma tante est Zeinab Said Al-Bashkeiweth. C'est mon père qui l'a fait venir du Golfe. Lorsque Mzee Mahfudh est tombé malade, c'est moi qui me suis occupé de lui. Le répondant me donnait toutes les factures médicales. Le défunt a laissé une maison à Mwandoni, de l'argent liquide, dont le montant est connu par Abdulrahi, le répondant. Le défunt lui-même m'avait parlé de cet argent. C'est moi-même et l'un des neveux du répondant, un certain Ali, qui avons retiré une certaine somme de la Barclays' Bank, depuis le compte bancaire de Mzee Mahfoudh. L'argent a été collecté par Ali, qui l'a donné au répondant Abdulrahim. Mzee Mahfudh m'a demandé d'appeler Mzee Ahmed Salim, mais il ne se sentait pas bien. Le

défunt Mzee Mahfoudh m'a demandé d'appeler d'autres personnes pour rédiger son testament. Il l'a fait en présence de Dr. Muhsin Mohamed, Wassir Abeid (moi-même), Ali Hassan Tarmoon et Said Abeid (ce n'est pas mon frère). J'ai produit la pièce à conviction 1. Le Mzee est décédé environ 28 jours après ce testament. Je fournis la pièce à conviction marquée P.Ex. 2. Il y a également une déclaration par écrit sous serment qui prouve l'existence du *Waswiya* (testament), qui est marquée pièce à conviction P.Ex. 3. Je prie pour que mes droits me soient accordés dans cette affaire. C'est tout ».

Le plaignant est ensuite interrogé par l'avocat du répondant:

« Je ne sais pas qui a acheté la maison. Ahmed Salim Said ne connaissait pas l'existence de ce testament. Le Mzee a dit que deux personnes devraient se partager l'héritage. Mzee Ahmed Salim craignait que le défunt n'ait des parents de sang. Mzee Mahfudh n'a pas signé le testament, il l'a donné oralement. Mzee était aveugle et ne pouvait pas signer. Si ces héritiers viennent, je suis prêt à le leur donner. J'ai confirmé qu'il n'avait pas de parents directs. C'était 28 jours et non pas 17 jours après qu'il ait fait le testament oral. Le défunt a insisté pour réaliser ce testament. L'ancien Chief Kadhi a dit que le loyer devrait être payé ici. Ni moi ni Abdulrahim (le répondant) ne collectons les loyers ».

Le plaignant est contre-interrogé par M. Mwinyi :

« Lorsqu'il était malade, aucun de ses parents n'est venu du Yémen. Lorsqu'il est décédé, aucun de ses parents n'est venu du Yémen ».

M. Kiema prend ensuite la parole :

« Étant donné que le plaignant n'a jamais collecté le loyer et que personne ne s'en est chargé, je demande à ce que les locataires reçoivent l'ordre de payer à ce tribunal depuis 2001. C'est tout ».

Le Kadhi rend un arrêt le même jour :

« Après avoir entendu M. Kiema pour le répondant et M. Mwinyi pour le plaignant, la question du loyer doit être présentée par un formulaire. Il en est décidé ainsi. Une audition aura lieu le 20 mai 2004 ».

Le 20 mai 2004, les avocats des deux parties se présentent au tribunal mais M. Kiema ne se sent pas bien et demande que l'audition soit repoussée. Le Kadhi fixe une nouvelle audition pour le 12 octobre 2004. Mais le 12 octobre 2004, seul M. Kiema est présent, avec deux témoins. Il demande que l'affaire se poursuive. Le Kadhi rend un arrêt dans lequel il explique que la date pour l'audition avait été fixée par consentement et que l'avocat du plaignant était parfaitement au courant de cette date. Il décide donc de la poursuite de l'affaire.

M. Kiema prend la parole :

« L'affaire est aujourd'hui portée devant ce tribunal pour une nouvelle audition du témoin du plaignant. Il s'agit d'un médecin qui était présent au moment où le testament a été rédigé. D'après l'arrêté 8B règlement 4, un non-lieu doit être rendu dans cette affaire, au cas où le plaignant ne se présente pas devant le tribunal, à moins que le tribunal n'en décide autrement pour des raisons qui devront être justifiées. Je demande un non-lieu précisant le montant des frais. C'est tout ».

L'avocat est ensuite contre-interrogé par le Kadhi :

« Nous ne savons pas à qui le loyer est payé. Cela fait deux ans que les locataires n'ont pas payé leur loyer au tribunal. Nous pouvons collecter le loyer si nous en recevons l'autorisation. C'est tout ».

Le Kadhi rend un arrêt:

« Cette affaire concerne les biens d'un défunt musulman. Un non-lieu ne peut pas être accordé sans raison valable. L'affaire est suspendue et nous donnons à l'avocat du répondant les pouvoirs pour collecter le loyer de la propriété, en attendant que l'affaire ne soit jugée. Il en est décidé ainsi ».

Le 1^{er} novembre 2004, l'avocat du plaignant se présente devant le Chief Kadhi :

« Nous avons une demande sous certificat d'urgence. Notre première prière est que l'affaire soit certifiée urgente et qu'elle soit auditionnée ex-parte en première instance. Nous demandons encore que l'arrêt daté du 12 octobre 2004 soit laissé en suspens jusqu'à l'audition en présence des deux parties. La troisième requête est que le Kadhi Twalib se dessaisisse de cette affaire ».

Le même jour, Hammad Kassim, le Chief Kadhi rend un arrêt sur la question :

Upon hearing the above application and upon perusal of the supporting affidavit, it is ordered as follows:

1. That the matter is certified as urgent
2. That the orders issued by Hon. Kadhi Sheikh Twalib Bwana on the 12th of October 2004 are hereby stayed pending the inter-parties hearing on the 18th of November 2004.
3. That the defendant is served with the papers of the application so that he can respond in time for the inter-parties hearing on the 18th of November 2004.

Une audition se tient donc le 18 novembre 2004, devant le Kadhi et en présence des avocats des deux parties. M. Mwinyi, pour le plaignant, prend la parole :

« Il s'agit d'une demande sous certificat d'urgence, datée du 21 octobre 2004, dans laquelle nous prions pour un sursis à propos de l'arrêt rendu le 12 octobre 2004. Nous prions également, avec le plus grand respect, pour que vous vous dessaisissiez de l'affaire en cours. Le 12 octobre 2004, les plaignants étaient présents au tribunal, mais les avocats étaient absents. D'après la déclaration du plaignant, écrite sous serment et datée du 25 octobre 2004, les parties étaient présentes dans ce tribunal et la partie adverse a fait une demande orale, pour que le loyer soit versé au répondant. De notre humble point de vue, un arrêt dans ce sens, qui affecterait la position des plaideurs, aurait dû faire l'objet d'une demande formelle. Ceci aurait donné au plaignant l'opportunité de répondre par la voie d'une déclaration écrite sous serment. Ces arrêts ont été demandés au beau milieu de l'audition. Ceci avait pour objectif de retarder l'affaire. Ce jour-ci, si le tribunal n'était pas enclin à accorder l'ajournement en l'absence de l'avocat du plaignant, alors il aurait dû continuer l'audition, mais il n'aurait pas dû accorder un arrêt à la demande, parce que cela n'était pas au programme du jour. Le tribunal n'a pas autorité pour ce faire. La seconde partie de cette requête repose sur la demande de Sofia Abeid, la sœur du plaignant. Elle est jointe en annexe. Il y est rapporté que le 12 octobre 2004, Sofia Abeid était présente au tribunal et a été témoin des événements. Elle a également obtenu l'autorisation du plaignant pour déclarer sous serment. Dans le paragraphe (8) de cette déclaration, Sofia Abeid jure qu'à 16.30, elle a aperçu son honneur assis dans le véhicule du répondant, à Bakarani, le long de la Old Malindi Road. Ceci a été rapporté au plaignant par Sofia. Nous ne disons pas qu'il y avait quoi que ce soit de condamnable, mais il craint que la justice ne soit pas rendue de manière équitable. (...). C'est tout ».

M. Kiema prend ensuite la parole:

« Je souhaite rappeler qu'une audition de cette affaire avait été prévue le 12 octobre 2004. Je me base sur les motifs d'opposition. D'après l'arrêt 50, rule 1, toutes les demandes doivent être faites par voie de motion. Ceci est obligatoire. Il a été admis par le plaignant que sa demande ne remplit pas les conditions requises et qu'elle est donc irrecevable pour les raisons mentionnées précédemment. De plus, cette demande vise à obtenir des ordres contradictoires. Elle prie l'Honorable tribunal de se dessaisir et, dans le même temps, elle sollicite un sursis. Il y a donc deux recours contradictoires et c'est une insulte ouverte aux actes de ce tribunal. La priorité de ce tribunal est de décider s'il se dessaisit ou non. C'est seulement une fois que ce choix sera fait, et si le tribunal décide de ne pas se dessaisir, qu'il pourra accorder le deuxième arrêt (B). Pour ces raisons, et parce qu'aucun motif satisfaisant n'a été présenté, cette demande devrait se conclure par un non-lieu, avec les frais. La demande est fatalement irrecevable C'est tout ».

M. Mwinyi s'exprime ensuite de nouveau:

« Je souhaite laisser la décision finale à l'Honorable tribunal. C'est tout ».

Un arrêt est rendu par le Kadhi le 24 novembre 2004 :

This is an application by way of chamber summons under order XXI r.22 C.P.R & Section 3A of the C.P.A for orders that :

(a) There be a stay of execution for orders granted on the 12th of October 2004

(b) The presiding Kadhi do respectfully disqualify himself from these proceedings.

Upon reading the chamber summons and the two sworn supporting affidavits by Nassir Abeid, Applicant/Plaintiff, and Sofia Abeid, Applicant/Plaintiff's sister, and upon reading the grounds of opposition and upon hearing Mr. Mwinyi for the Applicant/Plaintiff and Mr. Kiema for the Respondent/Defendant, it has come to light that this application under Order 21 should have been by way of Notice of Motion and not chambers summons, of which Mr. Kiema for the Respondent/Defendant term it to be incurably defective and hence incompetent. On the other hand, Mr. Mwinyi for Applicant/Plaintiff conceded that the application under Order 21 should have been by way of Notice of Motion and not chamber summons and submit the same is rather lack of form, which cannot rob a court its jurisdiction to grant the order sought. Be as it be, for a learned advocate, it is very vital to abide by the Civil Procedure Act, in which there are civil procedure rules for the smooth journey of litigation. As for the two prayers sought, they are contradictory since one cannot ask a court to disqualify itself while praying for another order to stay execution.

The issue of disqualification would come first, which will determine if the said court has jurisdiction to make the second order for the stay of execution. On the prayer that the presiding Kadhi should respectfully disqualify himself, from these proceedings, we need to critically look into the grounds for soughting this prayer. The said prayer relies on the para (8) and (9) of the sworn affidavit by a one Sofia Abeid, a sister to the Applicant/Plaintiff. In their said affidavit, they allege that on the 12th of October 2004, at about 4.15 p.m., a one Sofia Abeid saw the presiding Kadhi seated in the Defendant's Surf at Bakarani, along old Malindi Road and due to that the Applicant/Plaintiff is apprehensive that justice will not be done. Consequently, the Applicant/Plaintiff is praying that the presiding Kadhi herein ought to disqualify himself honourably. It is my learned opinion that this application is misconceived, misdirected and lacks any legal base other than mere allegations with no proof intended to impugn and/or discredit the presiding Kadhi. The fact is that the allegations in the affidavit and the submissions adduced are unsound, vexatious and total falsehood for several reasons inter alia:-

Firstly, the presiding Kadhi never went to Bakarani and/or used the old Malindi Road on the alleged 12th of October 2004. Secondly, the presiding Kadhi is not a resident of any place along the old Malindi Road. Thirdly, the presiding Kadhi has never been in the Defendant/Respondent's vehicle with him, even by balance or probability. Fourthly, the presiding Kadhi has been blessed by Allah, the Lord, with a private vehicle and therefore does not need a lift from any person, the least being a litigant. Fifthly, the presiding Kadhi left his chambers at 4.30 p.m. on the 12th of October 2004. It is therefore inconceivable and naked lies to allege that he has been seen at Bakarani as alleged by a one Sofia Abeid and conceded by the Applicant/Plaintiff herein. Sixthly, it is only a person of unsound mind who would concede to this cheap and baseless allegation that the presiding Kadhi would leave his private vehicle at the court basement car park and go for a lift. I now refer to paragraphs (8) and (9) of the sworn affidavit by a one Sofia Abeid, the Applicant/Plaintiff's sister, that she saw the presiding Kadhi in the Defendant/Respondent's surf at Bakarani along the old Malindi Road. I submit that the facts deposed in paragraphs (8) and (9), in Sofia Abeid being a Muslim lady, deposing false facts which she cannot prove. The Islamic Law states that a Muslim is not free to say and/or act as he/she wishes but be sincere in word and deed as well as confirming oneself to the religious obligations. The Islamic ethical teachings are against unnecessary baseless suspicion and/or false allegations as in this application. The Holy Koran states: « O ye who believe! Avoid suspicion as much (as possible), for suspicion in some cases is a sin and spy not each other, nor speak ill of each other behind their backs, would any of you like eat the flesh of his dead brother » (Ref: *Hijrat*, 49:12). The Holy Prophet (Peace Be Upon Him) state: « Beware of suspicion, for surely suspicion is false talk » (Ref: *Al-Hadith*, Vol. 1, p. 464).

Revisiting the false fact deposed by the Applicant/Plaintiff's sister, a one Sofia Abeid, she has by law committed perjury whose penalty is imprisonment for a term not exceeding two years or a fine of a sum not exceeding Ksh. 2.000/-, either one or both for knowingly and willfully swearing false facts. This is under Section 11 of Oath and Statutory Declaration Act, Cap. 15, Laws of Kenya. Consequently, the above stated legal implication of imprisonment and fining is what should legally be met to a one Sofia Abeid for her make up naked lies being perjury and false swearing.

Pausing here for a moment, I do not think that I will be proved wrong asserting the sworn supporting affidavit by a one Sofia Abeid, the Applicant/Plaintiff's sister, and the Applicant/Plaintiff himself to be vexations and scandalous as they are offensive and indigent. For this and for the reasons expounded herein above, the prayer for disqualifying herein fails. As for the prayer to stay of execution, I find it strange and abnormal. I feel obliged to concede for Mr. Kiema's submission that the Applicant/Plaintiff's application is contradictory. It defeats common sense that the application seeks to ask the presiding Kadhi to disqualify himself from these proceedings and at the same time seeking order for the stay of execution to be issued by the very same presiding Kadhi. Surely, this application is wanting. With due respect, the application itself should have been by way of Notice of Motion. Further, with no intention of lecturing anybody, I believe the appropriate prayers should have been stay of execution and review and/or vacation of the orders granted and/or just the prayer for the presiding Kadhi to disqualify himself. It is very normal in litigation to have applications and counter applications and/or review or orders if a person feels aggrieved. In fact this being a court of first instance, an aggrieved person can also appeal as his/her legal right.

However, a litigant and/or any other person has neither religious nor legal right to willfully and knowingly impugn the presiding judicial officer with false allegations, just because an order to collect rent has been granted. There is absolutely no justification for this.

May we also make it clear that this unnecessary application has actually been necessitated by non-attendance of the Plaintiff/Applicant's advocate on the hearing date taken by consent.

From the foregoing and the fore-mentioned reasons, this application is frivolous, vexatious, scandalous and made in bad faith of which is hereby dismissed with costs to the Defendant/Respondent in any event. The parties to take consent date for the case. It is so ordered.

Read in open court in the presence of Mr. Kiema for the Defendant/Respondent and in the absence of Mr. Mwinyi for the Plaintiff/Applicant on the 24th of November 2004.

Finalemment, le 28 février 2007, en la présence des avocats des deux parties, l'affaire est placée en suspens.

15. Civil Case 104/2004

Amina Ali Abdalla (plaignante) vs Hassan Juma (répondant)

Objet : Dissolution du mariage, dot, entretien, coûts de l'affaire.

Affaire ouverte le 19 avril 2004 et jugée le 5 juillet 2006. Seule la plaignante est représentée par un avocat.

Ce couple s'est marié en novembre 1998, selon le droit islamique. Les parties n'ont pas d'enfant.

Dans sa plainte, la femme reproche à son époux de ne pas lui avoir versé sa dot. Elle affirme l'avoir trouvé un jour avec une autre femme, que son mari prétend vouloir épouser. Elle l'accuse encore de rentrer parfois tard le soir, de la battre et de ne pas lui donner d'argent pour sa nourriture. Elle lui reproche globalement de ne pas prendre soin d'elle. Elle vit depuis quelques temps chez sa mère et non plus au domicile conjugal. Dans sa plainte, elle demande :

- 1. Le paiement de sa dot ;*
- 2. Que son mari assure sa subsistance ;*
- 3. Toute autre assistance jugée appropriée par le tribunal.*

Pour sa défense (datée du 3 mai 2004), le répondant affirme pourvoir aux besoins de sa femme, ainsi que requis par le droit musulman. Il affirme que la plaignante a quitté d'elle-même le domicile conjugal après une dispute mineure et qu'il a tenté, sans succès, de la faire revenir. Il dit toujours la considérer comme son épouse.

Plusieurs auditions sont fixées (19 avril 2004, 23 avril 2004, 3 mai 2005), auxquelles l'époux ne s'est pas présenté. Une audition se tient finalement le 5 juillet 2006, en présence de la plaignante et de son avocat, mais en l'absence du répondant.

Déposition de l'avocat de la plaignante :

« Le répondant n'est pas présent. Il a été convoqué à plusieurs occasions, mais il ne s'est jamais présenté. Même pour cette audition, nous l'avions convoqué. Nous avons rempli une déclaration sous serment. En réalité, après cela, il m'a appelé pour me dire qu'il souhaitait discuter de la question, mais il n'est jamais venu. L'affaire se présente aujourd'hui pour audition. Nous voulons continuer. C'est tout ».

Déposition de la plaignante (interrogée par son avocat) :

« Je m'appelle Amina Ali Abdallah. Je vis à Kisauni Sokoni. Je fais du business pour mon pain quotidien. Le répondant était mon époux. Nous nous sommes mariés le 22 novembre 1998 et nous vivions à Kisauni. Nous n'avons pas d'enfant. Ma dot se composait de meubles. Il a payé 7000 Shillings à mes parents pour les meubles en question. Le montant total pour ces meubles s'élève à 120,000 Shillings. Il y a trois semaines, il m'a dit par téléphone qu'il avait

divorcée. J'avais ses 200,000 Shillings qu'il m'avait dit de garder pour ma dot et pour mon entretien passé. J'ai porté l'affaire devant le tribunal le 19 avril 2004, lorsque je l'ai surpris avec une autre femme. Lorsque je l'ai surpris, il m'a battue. En fait, habituellement, il me bat. Une fois, il a même été arrêté par la police parce qu'il me battait. Lorsque je l'ai surpris avec cette femme, il m'a demandé de lui pardonner. Mais je l'ai surpris avec une femme une seconde fois. C'est à ce moment là que j'ai quitté sa maison et que j'ai décidé de déposer plainte. À son tour il a établi sa défense et il a prétendu que j'avais volé son argent. Les anciens sont intervenus en 2004 et nous avons laissé tomber l'affaire. J'ai alors demandé au plaignant pourquoi il avait affirmé que je lui avais volé 170,000 Shillings. Il m'a répondu que ce n'était pas le moment de parler de cela, mais nous avons soulevé le problème parce qu'il ne voulait pas divorcer. Je prie ce tribunal de dissoudre notre mariage, étant donné que nous ne nous entendons pas bien. En ce qui concerne ma dot et ma période d'Edda, il m'a laissé 200,000 Shillings, mais ceci est insuffisant ».

L'avocat de la plaignante prend la parole :

« Le témoignage donné est suffisant. Ceci clôt le dossier du répondant. C'est tout ».

Le jugement est rendu le même jour par le Kadhi :

This is plaintiff case a one Amina Ali Abdallah against the defendant a one Hassan Juma for dissolution, dowry of furniture, maintenance, costs and any other relief deemed fit be granted. Upon hearing the plaintiff led by her learned advocate Mr. Munyi, the defendant hasn't attended court though served. From the evidence given, the plaintiff has requested for dissolution and that the defendant's Ksh. 200,000/- with her be sufficient to cater for her other claims on dowry, past maintenance and *Edda* maintenance.

The court has considered the plaintiff's evidence and do hereby dissolve the parties' marriage with effect from the 5th of July 2006 on grounds of incompatibility. The court also orders the Ksh. 200,000/- of the defendant with the plaintiff do cater for her dowry and past maintenance and costs. In accordance to Muslim law dowry is an undisputable right of a woman upon marriage. The Holy Koran states: « And give the women (on marriage) their dowry as an obligation » (*An-Nisa'*, 4:4). On the past maintenance, a husband is required to provide to his legal wife. The Holy Koran states: « Let them (women/wives) live in the same style as you live, according to your means... » (*At-Talaq*, 65:6).

Plaintiff to get her divorce certificate on official payment.

These are the orders of this court.

Right of appeal within 30 days.

Read in court before Mr. Munyi, the plaintiff and in the absence of the defendant.

16. Civil Case 281/2004

Pato Bakari Webeka (plaignante) vs Bakari Bwire Webera (répondant)

Objet : Entretien, *Edda*, frais divers.

Affaire ouverte le 2 novembre 2005 et jugée le 22 juin 2006. Le répondant est représenté par un avocat.

Couple marié en 1978, à Mombasa.

Dans sa plainte, la femme accuse son mari de la négliger, d'avoir établi de fausses accusations contre elle, d'avoir refusé de payer ses frais d'hospitalisation et de l'avoir abandonnée. Dans sa plainte, elle demande :

- son entretien passé ;

- le paiement des frais hospitaliers (19,353/- Ksh.) ;
- la restitution de certains meubles (lit, penderie et placard) ;
- la division des biens matrimoniaux ;
- la prise en charge des coûts de l'affaire.

Le répondant établit sa défense, par le biais de son avocat, le 20 décembre 2004. Il affirme que la plaignante a d'elle-même quitté le domicile conjugal le 14 janvier 2002, sans que les époux ne se soient querellés ou disputés. Elle a disparu dans un lieu inconnu du répondant et n'est réapparue qu'en décembre 2004, lors du dépôt de sa plainte auprès du Kadhi. Il explique également que lorsqu'elle a quitté le domicile conjugal, la plaignante s'est illégalement appropriée certains biens appartenant au répondant, représentant une valeur de 94,750/- Ksh. Il affirme que les demandes de la plaignante concernant son entretien passé, le paiement des frais hospitaliers, l'Edda, les meubles et la division des biens matrimoniaux sont injustifiées parce que son épouse, après avoir déserté le domicile conjugal, a cohabité avec d'autres hommes. D'après lui, la désertion du domicile conjugal par son épouse depuis environ trois ans a automatiquement mis un terme à leur union et que de ce fait la plaignante n'a pas de droit à l'Edda.

Une première audition est fixée pour le 17 mai 2005, mais l'avocat du répondant n'est pas en mesure de se présenter pour cause de maladie. Le Kadhi fixe une nouvelle audition pour le 30 août 2005, en précisant que le répondant devra informer son avocat de la nécessité d'apporter un certificat médical, attestant qu'il était bien malade. L'audition a donc lieu le 30 août.

M. Okute, l'avocat du répondant, prend la parole :

« J'avais écrit une note pour que n'importe quel avocat plaide en mon nom, étant donné que j'étais malade. Cependant, il (le répondant) n'a rien fait en ce sens. De plus, il ne m'a pas informé de l'arrêt du tribunal selon lequel je devais apporter un certificat médical. Si je l'avais su, je l'aurais apporté. J'en suis désolé. C'est tout »

Arrêt :

« L'argument de l'avocat est compris et l'arrêt est abandonné ».

La plaignante est donc invitée à faire sa déposition (en swahili) :

« Je m'appelle Pato Mbarake, alias Pato Bakari Webeka ainsi que ceci est inscrit sur ma carte d'indentité. Je vis actuellement à Mariakani, avec ma petite-fille, étant donné que j'ai été opérée. Ma petite-fille m'aide. Je connais le répondant. Il est mon époux. Nous nous sommes mariés en 1978, en respect des règles du droit musulman. Ma dot s'élevait à 1,000 Shillings, qu'il a payés. Alors que nous étions mariés, il s'est engagé avec une femme qui était locataire, du nom de Jasinda, qui est depuis décédée. Nous avons construit la maison et je collectais le loyer. Il (le répondant) m'a dit qu'il collecterait le loyer auprès d'elle. Mais la femme ne payait pas son loyer. Elle était sa petite amie (du répondant). Il l'avait juste faite venir ici comme locataire pour faciliter sa liaison avec elle. La femme avait un kiosque où il avait l'habitude de la voir chaque fois qu'il rentrait du travail. Cette femme avait l'habitude de lui (au répondant) dire que des hommes venaient me chercher avec leurs voitures. Il (le répondant) ne voulait même pas que je demande, ne serait-ce que du sel aux locataires. Cependant, il souhaitait que je partage certains biens avec la femme en question. Il pouvait acheter des biens, par exemple, deux poissons, un pour moi et un pour elle. Il avait l'habitude de se rendre dans la chambre de cette femme. Une fois, j'ai dû prendre un couteau pour l'empêcher d'entrer dans la chambre de cette femme. Une fois, je les ai trouvés dans mon salon, assis ensemble à boire du thé. J'ai eu un accrochage avec lui et la femme s'est enfuie.

Plus tard, après le décès de Jasinda, il a eu une autre femme. Il (le répondant) m'a dit que la femme en question était venue comme docteur, mais que maintenant il était amoureux d'elle. Il m'a demandé de la chasser, étant donné qu'elle était venue comme médecin pour aider la femme qui était décédée. Je l'ai chassée et elle est partie. Quelques jours après, une autre femme est venue à la maison pour lui. La femme a passé la nuit et le matin, il est parti avec elle. Il a passé la nuit avec elle et il est revenu le jour suivant. Il est revenu malade. Il avait la diarrhée. Lorsqu'il a été guéri, il est devenu grossier, à tel point que j'ai dû quitter la maison. Lorsque je suis partie, il a fait venir une autre femme à la maison. J'étais à mon shamba, à Kwale, lorsque je suis tombée malade. J'avais une coupure ouverte à l'estomac et je saignais. J'ai été transportée à l'hôpital et mes parents sont allés l'en informer. Il a dit à mes parents qu'il viendrait, mais il n'est jamais venu. C'est Khalifa qui a prêté 10,000 Shillings pour mon opération et pour les médicaments. Il n'a pas payé la facture médicale. Il était un coureur de jupons, pourtant il m'accusait d'avoir des amants. Il ne m'a pas fourni d'entretien. J'ai quitté sa maison et il y amène d'autres femmes. Je n'ai pas expliqué tous mes griefs en détail dans la plainte. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par M. Okuthe (avocat du répondant) :

« En raison des problèmes que j'ai cités, j'ai quitté la maison le 14 janvier 2002. Je suis allée *up-country* et je suis allée chez ma fille à Mariakani pendant six mois. De Mariakani, je suis allée chez mon père à Cherani, Mombasa. Je suis restée chez mon père et il a été appelé, mais il n'est pas venu. À Cherani, je suis restée pendant deux mois. Ensuite, je suis allée à Wae, Kwale, pour prendre soin de mon fils malade, à Patarani, un terrain à Kwale. J'ai été opérée le mercredi. J'ai repris conscience le samedi. Il (le répondant) a été informé de ma maladie, mais il n'est pas venu. Ma famille m'a demandé de porter plainte contre lui en raison de son refus de payer mes factures médicales. Je ne suis pas au courant du rapport à la police de Kilifi. C'est parce qu'il est un coureur de jupons que j'ai quitté sa maison. Je dois me rendre auprès du tribunal pour obtenir des indications. Le solde s'élève à 853 Shillings, mais je souhaite qu'il paye la totalité de la facture médicale ».

Contre-interrogatoire par le Kadhi :

« Le montant total de la facture médicale s'élève à 19,853 Shillings. Les 10,000 Shillings étaient un acompte. J'ai les reçus pour la facture médicale. Je ne savais pas que ces reçus seraient demandés au tribunal. Depuis que j'ai quitté la maison en 2000, il ne m'a fourni aucune aide financière. À la FIDA, il (le répondant) a mentionné l'Edda, il a dit qu'il ne me la donnerait pas. Lorsque j'ai suspendu la construction de la maison à Mwituni, il m'a donné en cadeau un lit et une armoire ».

Une nouvelle audition se tient le 29 novembre en présence des deux parties. Le répondant est représenté par son avocat.

Le premier témoin de la plaignante est entendu :

« Je m'appelle Said Matron. Je vis à Chaoni. Je connais les deux parties. La plaignante est ma nièce, une fille de mon frère. J'ai tenté de les réconcilier cinq fois. Il (le répondant) est très borné. Il (le répondant) est un coureur de jupons et la femme (la plaignante) ne pouvait pas supporter une telle situation. La femme lui a demandé de divorcer, mais il a refusé. C'est pourquoi l'affaire a été portée devant le tribunal. La femme (la plaignante) est tombée malade et a été hospitalisée. Elle a été opérée à l'utérus. Nous l'avons informé (le répondant), mais il ne s'intéressait pas à ses soins médicaux. Nous avons dû demander un prêt étant donné qu'il (le répondant) n'est pas venu s'en occuper. Je ne sais pas pourquoi il refuse, s'il souhaite échapper au paiement des factures médicales ou tout autre motif ».

Contre-interrogatoire par M. Okuthe :

« Je ne suis pas au courant de leur maison à Mumias. Je ne savais pas qu'il a une maison *up-country*. Il (le répondant) est un Luhya. Elle (la plaignante) s'est rendue à Mumias. Plus tard, elle s'est rendue à Mariakani. Elle (la plaignante) avait des douleurs à l'estomac alors qu'elle était avec son mari. Nous lui avons envoyé un message (au répondant), deux fois, au sujet de la maladie de son épouse. Je ne connais pas le montant de la facture médicale ».

La plaignante explique avoir un second témoin, mais son audition est reportée au 12 janvier 2006.

Le 12 janvier 2006, le second témoin est donc entendu en présence des deux parties et de l'avocat du répondant :

« Je m'appelle Mwaronge Abdalla Bambaolo. Je vis à Wae, dans le district de Kwale. Je connais les deux parties dans cette affaire. La plaignante est ma mère biologique et le répondant est mon beau-père. Ma mère était malade. Elle a été transportée à l'hôpital. Il y avait une facture médicale à payer. Lorsqu'il (le répondant) a été trouvé, il a refusé de payer. J'ai dû moi-même payer la facture hospitalière. Elle s'élevait à 19,813 Shillings. J'étais et suis toujours sans emploi. J'ai demandé un prêt auprès de différentes personnes pour pouvoir payer cette facture. Ce faisant, je pensais que mon beau-père paierait, mais il ne l'a pas fait. Le solde s'élève à 853 Shillings, il n'a toujours pas été payé à l'hôpital ; de même mon prêt n'a toujours pas été remboursé. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par M. Okuthe :

« Je suis un habitant de Wae. Elle (la plaignante) vivait avec moi, puis est allée rendre visite à sa famille à Kaloleni. C'est là où elle tombée malade. Je ne me souviens pas de la date à laquelle elle est revenue, étant donné que je ne l'ai pas notée. L'année où elle (la plaignante) s'est installée chez moi c'était en 2004. Elle (la plaignante) est restée dans ma maison pendant environ trois ou quatre ans. Lorsqu'elle est arrivée, elle a dit qu'elle avait quitté sa maison (du répondant) et qu'elle avait rapporté l'affaire à son oncle paternel. Elle (la plaignante) ne m'a pas dit qu'elle avait déménagé de Mumias avec tous ses effets personnels et des objets de la maison. Je n'ai pas connaissance des autres détails de cette affaire, mis à part les prêts et le paiement des frais hospitaliers. Le solde qui n'a pas été payé à l'hôpital s'élève à 853 Shillings. Il y avait une garantie pour que ma mère soit autorisée à sortir. Nous avons payé par échelonnement. Je ne lui ai pas parlé (au répondant) de l'argent, étant donné qu'il est mon père ».

Une autre audition se tient le 14 mars 2006, en présence des deux parties et de l'avocat du répondant.

Ce dernier est interrogé par son avocat (en swahili):

« Je m'appelle Bakari Bwire Webera. Je vis à Mirituri. Je travaille à mon propre compte. Je connais la plaignante. Elle a été ma femme de juillet 1978 au 14 janvier 2002. Je ne l'ai pas négligée. Je lui avais fourni une aide-ménagère. Je lui envoyais de l'argent chaque mois pour ses besoins quotidiens. J'ai des reçus pour cela. Elle (la plaignante) a refusé de me suivre *up-country*. Ensuite, elle a pris tout l'équipement de la maison lorsque je suis parti. J'ai rapporté l'affaire à la station de Police de Changamwe, le 8 novembre 1990, et à la station de police de Mumias. La police a demandé au Chief de Kaloleni de m'aider à la trouver. Je ne l'ai pas quittée, c'est elle qui est partie le 14 janvier 2002. Cela fait maintenant quatre ans qu'elle est partie et qu'elle vit ailleurs. Subvenir à ses besoins n'est pas à ma portée et je m'y oppose pour la seule raison qu'elle est partie de sa propre initiative. Je ne suis pas d'accord avec les factures d'hôpital qu'elle prétend avoir payées. Elle n'était plus au domicile conjugal. Je ne peux pas non plus payer la période d'*Edda*, étant donné que c'est elle qui a quitté le domicile ».

conjugal. Elle a pris possession de tous les biens de la maison, y compris le lit et l'armoire. Je n'ai aucun bien matrimonial à partager avec elle. Nous n'avons pas d'enfants, mais elle avait trois enfants que j'ai élevés, que j'ai éduqués et nourris. En réalité, c'est elle qui devrait me dédommager. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par la plaignante :

« En 1994, tu as dit que tu voulais vivre *up-country*. Tu es partie de ta propre décision, pas en raison de problèmes de ma part. J'ai déjà divorcé le 1^{er} juillet 2002 devant ton père à Chaoni. La Charia autorise un homme à prononcer un divorce oralement. Lorsque nous nous sommes mariée, tu travaillais à l'usine de noix de cajou. J'ai une liste de mes biens que tu as pris. Tu as donné les objets de la maison à tes enfants ou bien tu les as vendus. Tu as affirmé dans ta plainte que je t'avais négligée, ce qui n'est pas vrai. Lorsque je t'ai suivie à Kaloleni Giriama, tu vivais avec un autre homme. Le *Chief* m'a dit que c'était dangereux pour moi d'aller là-bas. C'est tout ».

Le Kadhi donne un arrêt selon lequel les parties présenteront leurs dernières demandes le 16 mai 2006. Le 16 mai 2006, les deux parties sont présentes, ainsi que M. Okuthe, l'avocat du répondant. M. Okuthe prend la parole pour son client :

« Nous sommes ici pour présenter les dernières demandes. Je ne ferai qu'une courte requête. Dans cette affaire, la plaignante réclame pour son entretien passé, ses factures d'hôpital, un lit et la division de la propriété matrimoniale, les frais et le paiement de l'*Edda*. Au cours de l'audition, la plaignante et son témoin ont insisté sur les frais d'hôpital. Je commencerai par la troisième demande, qui concerne le paiement de l'*Edda*. Cette demande n'a pas à être soulevée. Elle a déserté la maison matrimoniale à Mumias. Je me base sur le texte islamique '*MWANAMKE KATIKA UISLAMU*', p. 53. Je fournis ici une copie de la page en question. Elle n'était pas autorisée à quitter la maison. Il y a des preuves que la plaignante a quitté le domicile conjugal de sa propre initiative. Elle a confirmé dans son témoignage sous serment qu'elle avait quitté la maison le 14 janvier 2002. Elle a également dit, sous serment, à ce tribunal qu'elle était seulement venue ici pour chercher conseil. Son premier témoin, Said, a dit au tribunal qu'il avait peu d'information au sujet de l'affaire de la plaignante. Le second témoin de la plaignante, Abdallah, le fils de la plaignante, a affirmé qu'il était seulement au courant des factures médicales. S'il y avait des factures médicales, le tribunal de Kadhi n'est pas le lieu. Ceci aurait pu être fait par le fils de n'importe quel autre membre de la famille, qui aurait abordé la question avec le répondant. La plaignante a dû être mal informée par les employés de la FIDA. Je prie pour que cette demande fasse l'objet d'un non-lieu et qu'il en soit de même pour sa demande au sujet du coût de l'affaire. Le répondant ne réclame rien à ce propos. C'est tout ».

La plaignante prend ensuite la parole :

« Il a été convoqué par la FIDA, mais il a refusé de faire ce que l'on nous a dit. C'est alors que j'ai décidé de porter l'affaire devant le tribunal de Kadhi. Je n'ai pas fait de demande pour la division des biens matrimoniaux. J'aurais pris d'autres biens tels que le système vidéo ou d'autres choses, mais j'ai seulement pris le lit, étant donné que c'était un cadeau de sa part. S'il n'est pas d'accord, je suis disposée à prêter serment avec lui. Je n'ai pas fait de demande pour mon *Edda*, c'est seulement lui qui a dit qu'il refuserait de payer mon *Edda*. Je prie pour mes droits en respect du droit coranique, en ce qui concerne l'entretien passé, les factures hospitalières et tout ce à quoi j'ai droit en respect du droit musulman. Je laisse la décision au tribunal. Je souhaite aussi qu'il m'accorde le divorce. Il a refusé. C'est pourquoi je suis venue auprès de ce tribunal. C'est lui qui m'a chassée du domicile conjugal. J'ai déjà expliqué cela

lorsqu'il a eu l'opportunité de me contre-interroger. Il n'a répondu à aucune de mes demandes. C'est tout ».

Le Kadhi fixe une date pour le jugement, qui est effectivement rendu le 22 juin 2006:

This is plaintiff's case, a one Pato Mbakara alias Bakari Bwike Webeka for past maintenance, hospital bills, division of matrimonial property, *Edda* payment and costs of the suit.

The plaintiff acted in person and the defendant was represented by Mr. Okuthe.

Upon the hearing of the plaintiff and her witnesses, P.W.1 (Said Matron) and P.W.2 (Mwaronge Abdalla Bambaulo) and the defendant as led by his advocate and the submissions of Mr. Okuthe for the defendant, the issues to be determined in this case are:

- (a) Have the parties divorced?
- (b) Is the plaintiff entitled to past maintenance and hospital bills payment?
- (c) Is the plaintiff entitled to *Edda* maintenance?
- (d) Is the plaintiff entitled to division of matrimonial property?
- (e) Who is to have costs?

Referring to issue (a) on divorce, the defendant in her reply during cross-examination stated that he divorced the plaintiff on the 1st of July 2002 before her father at Chaoni.

In accordance to Muslim Law the divorce is in the hands of the husband and since he has confirmed to have divorced on the stated date, the divorce is hereby confirmed.

In such circumstances the defendant was required to have covered issuance of divorce certificate within seven days of his pronouncement of the said divorce, which he failed.

In accordance to Section 25 of the Muslim Marriage and Divorce Registration Act, Cap. 155, the defendant has committed an offence by failing to register within the prescribed time of the seven days as per Section 8 of the Cap. 155 mentioned herein. The defendant is therefore liable to imprisonment not exceeding 6 months or fine not exceeding Ksh. 3,000/-, either or both.

Nevertheless, we now order the defendant to cause issuance of the divorce certificate with immediate effect failing which the penalty shall ensue.

In accordance to Muslim Law once a husband divorces his wife, he is required to provide her *Edda* maintenance. The Holy Koran states: "Let them (divorced women) live in *Edda* in the same style as you live according to your means and do not annoy them so as to restrict them..." (Ref: *At-Talaq*, 65:6).

In this case, as there is no evidence of pregnancy, the defendant is to provide three months *Edda* maintenance to the plaintiff.

The defendant ought to have filed a case against the plaintiff for desertion where the divorce could have been by way of *Khulu* (self-redemption).

This could have been the position to let him (defendant) not pay the *Edda* maintenance.

Referring to issue (b) on past maintenance and the hospital bills, these components are part of the maintenance responsibility of a husband upon his wife. The Holy Koran states: "Men are managers of the affairs of the women because Allah has made them superior and because men spend their wealth on them (women)..." (Ref: *An-Nisa*, 4:34).

The components of maintenance entails food, shelter, clothing and medical care for one's wife. There is no way that the defendant can absolve himself from his maintenance responsibility as by then the plaintiff was still his wife. Consequently the defendant has to pay the hospital bills for the plaintiff.

Referring to issue (d) on division of matrimonial property, there is no such principle in Muslim Law.

At this ... the court makes the following orders:

- (a) The parties divorced on the 1st of July 2002, which we hereby ratify;
- (b) The defendant to cause issuance of divorce certificate with immediate effect;

- (c) The plaintiff is entitled to three months *Edda* maintenance at a monthly rate of Ksh. 4,500/-;
- (d) The plaintiff is entitled to hospital bills payment to be refunded by the defendant;
- (e) Claim on division of matrimonial property is dismissed.
- (f) Each party to bear their own costs.

Right of appeal of 30 days.

Read in court before Mr. Okuthe for the defendant, the plaintiff and the defendant.

17. Civil Suit 298/2004

Fuad Rubeya Salim (plaignant) vs Esta Omar Athman (répondante)

Objet : Garde des enfants, *Edda*, coûts de l'affaire.

Affaire ouverte le 29 novembre 2004 et conclue le 19 avril 2006. Chacune des parties est représentée par un avocat.

Le couple a cinq enfants. Le mari a divorcé en raison du manque de respect et de l'hostilité de son épouse, du refus de celle-ci de le laisser accéder au lit conjugal et de son manque de confiance.

L'affaire est portée à l'initiative de l'ex-époux, qui demande la garde de tous les enfants, un certificat de divorce, le paiement par son épouse, des coûts engendrés par l'affaire et qu'elle quitte le domicile conjugal.

Dans sa réponse, la femme nie toutes les allégations présentées par son ex-époux et demande également la garde des enfants, au motif que tous sont mineurs et ont besoin de leur mère. Celle-ci a d'ailleurs déposé une requête en ce sens auprès du tribunal pour enfants (Children's court) de Mombasa (Suit 97.2005).

Le 19 janvier 2006, une audition se tient au tribunal du Kadhi.

Les parties sont représentées par leurs avocats (Murshid Abdallah Mohamed pour le plaignant et Teresa Omondi pour la répondante).

M. Murshid :

« Nous sommes ici aujourd'hui pour l'audition de l'affaire principale. Nous sommes prêts. On m'a remis hier soir une note pour ce rendez-vous. C'est tout ».

Mlle Omondi :

« J'ai une objection préliminaire. L'affaire qui est portée devant vous concerne des enfants. Je m'oppose à cela au motif que ce tribunal n'est pas habilité à juger ce genre de questions. Il y a déjà le *Children's Case 97* de 2005, qui est en cours. C'est pourquoi je demande à ce tribunal de laisser l'affaire se poursuivre auprès du tribunal pour enfants. C'est tout ».

M. Murshid :

« Je m'oppose à cette demande. Une objection préliminaire soulève une question de droit. Ma collègue n'a cité aucune référence en ce sens. Le malentendu selon lequel le tribunal de Kadhi est moins compétent que le tribunal pour enfants est un mythe plus qu'une réalité. La Constitution donne le pouvoir aux tribunaux de Kadhi de s'occuper du droit personnel des musulmans. Le droit personnel comprend l'entretien et la garde des enfants. Le tribunal pour enfants n'est pas plus apte que le tribunal de Kadhi. En avril, la répondante a demandé un ajournement pour se faire représenter. Elle n'a soulevé aucune objection dans sa défense. Elle a ensuite déposé plainte auprès du tribunal pour enfants, pour la même affaire. Notre

objection repose sur le fait que l'affaire en cours auprès du tribunal de Kadhi n'a pas été considérée. Nous prions en conséquence ce tribunal de ne pas tenir compte de la position de ma collègue au sujet de la juridiction. D'ailleurs, dans ma défense auprès du tribunal pour enfants, j'affirme que c'est ce tribunal qui n'a pas de juridiction. Le fait de retarder sa représentation est une tactique utilisée par la répondante pour retarder cette affaire, de façon à ce que l'affaire puisse être dirigée vers le tribunal pour enfants. Nous prions ce tribunal de ne pas autoriser ce comportement malicieux et de donner une décision rapide sur cette question. C'est tout ».

Mlle Omondi :

« Les tribunaux dans ce pays sont enregistrés pour traiter de questions particulières. Lorsque le *Children's Act* de 2001 a été promulgué, des tribunaux pour enfants ont été créés pour s'en occuper. À ce moment là, les tribunaux de Kadhi n'ont pas été enregistrés comme tels. Nous prions pour qu'il laisse cette juridiction (...). Je prie le tribunal de suivre mon point de vue, étant donné que nous sommes ici pour la question des enfants et non pas des parties. Notre cliente souhaite également que la question soit réglée rapidement. Nous n'avons aucune intention de retarder l'affaire. C'est tout ».

Le même jour, le Kadhi rend un arrêt :

This is a preliminary objection by Miss Omondi for defendant that this Kadhi's Court has no jurisdiction over children's matters. The plaintiff is represented by Mr. Murshid Mohamed. Upon Miss Omondi for defendant and Mr. Murshid for the defence and Mr. Murshid for the plaintiff, Miss Omondi submitted that this Kadhi's Court has no jurisdiction over the children's matters or it hasn't been gazetted and the fact that there is an enactment of the Children's Act 2001 establishing the Children's Courts to hear the children's matters. Also that there is already a children's case No. 97 of 2005. The said learned advocate of the defendant didn't state any provisions of the law, either from the constitution of Kenya and/or the Children's Act 2001, to support her position. On the other hand Mr. Murshid for the plaintiff stated that the Kadhi's Court has jurisdiction over the children's matters as in the constitution being a matter in Muslim personal law, he also didn't state the relevant provision of the law. All in all the issue of jurisdiction is paramount and has to be settled before any court of law could proceed. It is thus court's learned opinion that it is erroneous to uphold the position that this Kadhi's Court has no jurisdiction over the children's matters. This is so as there is neither an express and/or implied provision of the law which bars Kadhi's Court from entertaining children's matters as custody and/or their maintenance as the same is within the ambits of the Kadhi's Court jurisdiction being an issue related to Muslim marriage since the children are a result of that Muslim marriage. Section 66(5) of the Kenya Constitution, which is the supreme authority of the land confers jurisdiction to Kadhi's Court, which is only reiterated in Section 5 of the Kadhi's Courts Act, Cap. 11. Further, upon provision of the Children's Act 2001, 6th schedule states that the written laws being repealed with the enactment of the said Children's Act 2001 are as follows:

- (i) The Children and young person Act, Cap. 141
- (ii) The Adoption Act, Cap. 143
- (iii) The Guardianship of Infant Act, Cap. 144

The Kadhi's Court Act, Cap. 11 isn't included in the text of the repealed laws. Nevertheless, even if it was included, it would be disregarded as Kadhi's Courts jurisdiction steps from Section 66(5) of the Constitution, which Section 5 of the Kadhi's Courts Act only reiterated the same. This is so as in law a constitutional matter overrides only the written law. Further, the filing of a parallel case to the Children's Court, which was done later, being Children's Case 97 of 2005, while this one was filed earlier, being Kadhi's Court case No. 298/2004. The

said Children's Court has no authority over the Kadhi's Court. Accordingly this preliminary objection fails and the parties advocate to take a date. That is so ordered".

Après le rendu de cet arrêt, l'avocate de la répondante demande à intervenir :

Mlle Omondi :

« Puis-je demander au tribunal de retarder l'application de quinze jours ? Nous avons l'intention de faire appel. S'il y a besoin d'une demande formelle, je peux la faire d'ici quinze jours. C'est tout ».

M. Murshid :

« Étant donné les circonstances et malgré le fait qu'ils aient un droit d'appel, le délai de quinze jours a pour but de gagner du temps, dans la mesure où ils ont une affaire parallèle. L'intention est de retarder l'affaire auprès de ce tribunal et je prie pour une période raisonnable pour leur demande formelle, plus courte que la longue période demandée. C'est tout ».

Mlle Omondi :

« Je laisse la décision du nombre de jours au tribunal. C'est tout ».

Arrêt du Kadhi :

« Après avoir écouté Miss Omondi pour la répondante et M. Murshid pour le plaignant, nous estimons raisonnable d'accorder un délai de dix jours ».

Une nouvelle audition se déroule le 27 janvier 2006, en la seule présence de l'avocate de la répondante.

Mlle Omondi :

« La demande auprès de votre tribunal est datée du 26 janvier 2006, en urgence. Nous demandons un arrêt des actes du tribunal dans l'attente de l'appel. Nous demandons une date pour une audition inter-parties. C'est tout ».

Arrêt :

« Après avoir écouté Miss Omondi pour la répondante, la demande est certifiée urgente. Une date pour une audition inter-parties est fixée au 7 février 2006. L'autre partie en sera informée. Il en est décidé ainsi ».

Une demande d'appel est enregistrée le 16 février 2006 (High Court Civil Appeal 22/2006). L'audition prévue le 7 février 2006 est reportée au 21 du même mois. Elle se tient en présence des deux avocats.

M. Murshid :

« Nous avons eu une discussion afin de parvenir à un accord avec mon collègue. Cependant, il est actuellement dans un autre tribunal, bien que nous nous étions mis d'accord hier pour demander un ajournement. Je prie pour avoir une date dans les sept jours, pour qu'un arrêt puisse être rendu dans cette affaire. C'est tout ».

Le 16 mars 2006, Mlle Omondi est représentée par un autre avocat, M. Murinyi.

M. Murinyi :

« Je suis ici au nom de Teresa Omondi pour la répondante. Mes instructions sont que les parties cherchaient à régler l'affaire en dehors du tribunal mais n'en ont pas été capables.

Miss Omondi et M. Murshid souhaitent que la demande datée du 26 janvier 2006 soit entendue le 28 mars 2006. C'est tout ».

Injonction :

« L'audition aura lieu le 30 mars 2006 ».

Une nouvelle audition se tient le 30 mars 2006, en présence des deux avocats.

M. Murshid :

« Nous sommes presque parvenus à un accord. Nous prions le tribunal de nous accorder 10 minutes pour le finaliser si le dossier peut être mis de côté. C'est tout ».

Injonction :

« Accordé ».

Plus tard, le même jour, en présence des deux parties.

Miss Omondi :

« Cette affaire vient aujourd'hui à la suite de la demande du 26 janvier 2006. Nous prions que cette demande soit retirée, dans la mesure où l'affaire a déjà été entendue et déterminée auprès de la *Children's Court*, en tant que *Children Case No. 97/2005*. Cependant, nous avons encore une question à régler auprès du tribunal de Kadhi. Elle concerne le certificat de divorce, auquel la répondante n'est pas opposée. Nous voulons rédiger un consentement écrit, selon lequel :

(a) Un certificat de divorce du mariage de Fuad Rubeya Salim et Aisha Omar Athman soit délivré

(b) Que Fuad Rubeya Salim rende à Aisha Omar Athman un lit, une table de nuit, un bébé chat, deux tapis, une petite table appartenant à Aisha Omar Athman et qui ont été laissés dans son ancienne maison matrimoniale

(c) De plus, nous souhaiterions par consentement que le tribunal, en fonction des témoignages, règle la question de l'entretien pour la période d'Edda, qui serait de deux mois, étant donné qu'il y a un mois, elle vivait toujours au domicile conjugal. C'est tout ».

M. Murshid :

« Ceci est notre position. Nous prions le tribunal de nous accorder 15 minutes pour les témoignages concernant la télévision Sony et l'entretien pour la période d'Edda qui font l'objet du différend. C'est tout ».

Injonction :

« Accordé ainsi que selon le consentement ».

Mlle Omondi interroge la répondante (en swahili) :

« Je m'appelle Esha Omar Athman. Je vis à Kongwea. Nous sommes parvenus à un consentement, sauf pour la télévision Sony. La télévision appartenait à mon père. Elle lui avait été donnée par son ami, un certain Mohamed Said. Il (le plaignant) l'a abîmée et il veut la rendre dans cet état. Je veux qu'il me la rende en bon état ou qu'il m'en donne une autre. J'ai divorcé le 29 novembre 2004 et je suis partie le 31 décembre 2004 avec mes enfants. Je veux ma pension alimentaire pour la période d'Edda, de deux mois. Je veux 200 Shillings par jour, ce qui équivaut à 6.000 Shillings par mois et pour deux mois, cela fera 12.000 Shillings. C'est tout »

La répondante est ensuite interrogée par M. Murshid :

« La télévision était à mon père, qui l'avait reçue de son ami. Cela fait maintenant quatre ans qu'elle ne marche plus. Nous étions toujours mari et femme lorsque la télévision a été cassée. Il (le plaignant) avait demandé cette télévision à mon père étant donné qu'il voulait la regarder. Mon père m'a demandé un jour pourquoi nous ne lui avions pas rendu sa télévision. Il avait la télévision dans sa chambre. Le Fundi a cassé la télévision. Je n'ai jamais regardé cette télévision. Nous avons la nôtre, qui était en noir et blanc ».

Contre-interrogatoire de la répondante, par Mlle Omondi :

« (...) La télévision avait été donnée à Fuad (le plaignant) pour regarder le football et j'ai été d'accord pour cela ».

Le plaignant est ensuite interrogé par M. Murshid (en swahili) :

« Je m'appelle Fuad Rubeya Salim. Lorsque ma télévision est tombée en panne, elle (la répondante) m'a dit que son père avait une télévision, qui avait de petits problèmes. Je suis allé voir son père pour la télévision et il me l'a donnée. C'était en 1994. j'ai fait venir un *Fundi* (un électricien). Il l'a réparée. Je l'ai mise dans le salon. Plus tard, j'ai déménagé à Bamburi. En 1997, la télévision est tombée en panne. Je l'ai apportée à un *Fundi*. J'ai payé 4.000 Shillings. J'ai ensuite déménagé dans le quartier de KPA en 2000, lorsque la télévision est une fois encore tombée en panne (...). Son père m'avait prêté la télévision. Il ne me l'a jamais demandée, sauf dans cette affaire de divorce. Le montant de l'*Edda* est très excessif. Je peux seulement payer 3.000 Shillings. Elle a quitté la maison d'elle-même. Elle a tout pris, ainsi que mes enfants. Elle est allée chez son père, à Kongowea. Je lui ai permis de rester chez moi pendant sa période d'*Edda*. J'ai fait une demande à la station de police de Bamburi pour les éléments qu'elle a pris. Étant donné qu'elle a quitté la maison de sa propre décision, je n'ai aucune obligation de la payer, mais si je dois le faire, je ne peux lui donner que 3.000 Shillings par mois. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par Mlle Omondi :

« La télévision m'a été prêtée en 1994. Nous ne nous sommes pas mis d'accord sur la date à laquelle je devrais la rendre. La télévision m'a été donnée sans aucune condition. Je vais rendre la télévision à son père, mais pas à elle. Je n'ai jamais chassé ou battu Aisha en 1994. Si elle veut la télévision, alors je peux lui donner la petite télévision. Ce n'est pas vrai que je l'ai chassée avec les enfants ».

Contre-interrogatoire par M. Murshid :

« La télévision que j'avais prise à son père avait quelques problèmes. Si elle veut la télévision pour mes enfants, alors je n'ai pas de problème, je la lui donnerai ».

Le jugement est rendu par le Kadhi le 19 avril 2006 :

This is plaintiff case a one Fuad Rubeya Salim against the defendant a one Asha Omar Athman for custody, divorce certificate, the defendant to vacate the plaintiff's house and costs of the suit. On 30th of March 2006, the parties learned advocates Mr. Murshid for plaintiff and Miss Omondi for defendant entered and signed a consent agreement that :

(a) Divorce certificate be issued to the parties

(b) That Fuad Rubeya Salim (plaintiff) shall return to Asha Omar Athman (defendant) a bed, dressing table, a baby cat, two carpets, a coffee table and Asha's (defendant) clothes left at their former matrimonial home

(c) The Honorable court to hear by way of evidence the issue of TV Sony and the issue of *Edda* maintenance. Upon hearing the parties herein the issue of TV Sony, the

defendant has no right to claim over it as it is not part of her personal effects. The evidence from the plaintiff and the defendant clearly indicates the said TV belongs to the defendant's father who lent it to the plaintiff. It is therefore upon the defendant father to ask for his TV set from the plaintiff herein. However we have to admonish the plaintiff that, as he was lent the TV from the defendant's father he is required to return it to him in working condition as in Muslim law it is stated: « The goodness (done) only benefits goodness in return ». Also it is *haram* (unlawful) to take and/or retain the property of another in any illegal way. The Holy Koran states : « And eat up not one another property unjustly (in any illegal way e.g. stealing, robbing, deceiving) nor give bribing to the rulers (judges before representing your cases) that you may knowingly eat up apart of the property of others sorfully » (Ref : *Baqara* 2: 188). On the issue of *Edda* maintenance, the plaintiff is legally required to pay the same. In accordance to Muslim law, when a man divorces his wife, he is required to provide her *Edda* maintenance for a certain period of time. It is only when the divorce is through the court and/or by way of *Khula* (self redemption) that a man shall not be required to provide the *Edda* maintenance. The Holy Koran states: « Let them (women in *Edda*) live in the same struggle as you live according to your means and do not warm them so as to straiten them... ». In this case when the plaintiff divorced the defendant, she stayed in their former matrimonial house for one month. Therefore the plaintiff is required to provide two months *Edda* maintenance to make them three months as required of what in the Muslim law as stated in the above quoted verses of the Holy Koran. The defendant is requesting to be paid Ksh. 200/- per day making it Ksh. 6,000/- a month. The plaintiff wants to pay Ksh. 3000/- per month meaning Ksh. 100/- per day. It is this court position that the amount of Ksh. 6,000/- requested by the defendant is reasonable and the one requested by the plaintiff of Ksh. 3,000/- is little. This court would therefore take a middle course and order Ksh. 150/- per day making it Ksh. 4,500/- per month. For two months it will be 9,000/-, which is the *Edda* maintenance amount to be paid. Each party to bear their own costs. These are the orders of this court. Right of Appeal 30 days. Read in open court before Mr. Murshad for the plaintiff and Miss Omondi for the defendant.

18. Civil Suit 30/2005

Meswaleh Bakari Mwanbindo (plaignante) vs Bakari Hassan Mgala (répondant)

Objet : Question matrimoniale.

Affaire ouverte le 9 février 2005 et jugée le 14 septembre 2006. Les parties ne sont pas représentées par des avocats.

Les parties sont mariées selon le droit musulman. L'épouse possède un petit business et a acheté un terrain, puis construit une maison qu'elle a meublée.

Le couple divorce le 26 février 2004. La femme se déplace à Nairobi le 13 février 2004 et revient à Nairobi le 1^{er} janvier 2005, à la demande de ses parents. À son retour, elle découvre que son ex-époux s'est approprié plusieurs biens de sa maison.

Dans cette affaire, où elle est la plaignante, elle demande assistance pour obtenir la restitution de ses biens, le paiement du solde de son Mahari (présent nuptial, qui s'élève à 10,000 Shillings), que son époux arrête de la menacer et de rendre visite à ses parents et le montant des coûts engendrés par l'affaire.

En réponse (courrier daté du 28 février 2005), le répondant admet son mariage pendant neuf ans, selon le droit islamique, mais l'ex-époux affirme qu'il a lui-même acheté les biens qu'il a pris. Il affirme catégoriquement que son ex-épouse n'a jamais acheté les biens qu'elle

revendique comme siens (fenêtres, table, armoire...). Il accepte le paiement du solde du Mahari, mais seulement lorsque les biens en cause lui seront rendus. Il explique que la femme a pris des biens qui lui appartiennent sans l'en informer (armoire à vêtements, un lit et un matelas) et assure qu'il a lui-même construit la maison pour son ex-épouse. C'est pourquoi il demande au tribunal de rendre un non-lieu et d'attribuer les coûts de l'affaire à la plaignante.

Une audition, en présence des deux parties, se tient le 11 mai 2005.

Plaignante (en Swahili) :

« Nous avons parlé avec mes parents. Nous nous étions mis d'accord qu'il me paierait petit à petit. Nous sommes divorcés. Il l'a fait pendant quatre mois et puis il s'est arrêté ; C'est tout ».

Répondant :

« Ce qu'elle dit est vrai. Nous avons parlé avec ses parents. Je leur faisais confiance. Mon père est décédé et ma mère, qui vit à Vanga, est très âgée. Elle ne pouvait pas venir. Je souhaiterais que son père soit témoin dans cette affaire. C'est tout ».

Plaignante :

« Je m'appelle Meswaleh. Je vis à Likoni. Je connais le plaignant, nous sommes divorcés. Nous nous sommes mariés en 1999. Je n'ai pas de certificat de mariage, étant donné qu'il a refusé que nous le demandions. J'ai déposé plainte contre lui parce qu'il affirme que les biens que j'ai pris sont les siens. Nous avons divorcé le 26 février 2004 au motif que je ne peux pas avoir d'enfants. Nous avons parlé de ma dot, qui consiste en des meubles. Il m'a donné seulement un placard. Je lui ai demandé de payer 20.000 Shillings. Il (le répondant) m'a dit de prendre mes affaires et de le quitter. C'est ce que j'ai fait. Après deux mois, il est venu et a parlé avec mon père. Mon père lui a dit de me parler. J'ai accepté, à condition qu'il me construise une maison de quatre chambres. Il a accepté et nous nous sommes réconciliés. Mais après deux semaines, il m'a dit qu'il ne construirait pas la maison pour moi. Il m'a dit que si je voulais, je pouvais lui laisser ses enfants. Il veut également dire au propriétaire du terrain de ne pas me le vendre. Je veux acheter un terrain. Ils ont accepté et j'ai acheté le terrain pour 10.000 Shillings. Je lui ai demandé 4.000 Shillings pour acheter des pierres de construction, il m'a dit de les demander à mon père et il paiera. Il a ensuite dit à mon père qu'il ne paierait pas cette somme, bien qu'il m'ait dit le contraire. C'est donc moi qui vais devoir payer. Durant nos relations conjugales, il m'insulte en disant que je ne suis pas gentille avec lui. Il me dit qu'il veut avoir des relations orales, ce que je refuse. C'est en raison de ce refus qu'il m'a répudiée. Je suis allée à Nairobi pour embaucher une amie. Alors que j'étais à Nairobi, il s'est rendu chez mon père. Il a pris les ustensiles de cuisine, un placard et six fenêtres, affirmant qu'ils lui appartenaient. Mon père m'a téléphoné et je suis venue à Nairobi. Il n'est pas venu pour en parler avant deux semaines. C'est alors que j'ai déposé cette plainte. Il (le répondant) réclame également les ustensiles de cuisine. Ces éléments ont été en ma possession pour une période d'un an et maintenant il les réclame. Il est également allé chez le menuisier qui a besoin des matériaux, il a demandé un reçu. Mais le menuisier lui a dit qu'il ne pouvait pas le faire car il me l'a déjà donné. En revanche, il lui a dit qu'il pouvait lui donner une copie. Il (le répondant) a dit au menuisier qu'il ne voulait pas de copie et qu'il ne devrait pas me dire qu'il était venu à cette fin. Le menuisier ne lui a pas donné de reçu, c'est moi qui l'ai. Il a aussi menacé de me tuer. Il a affirmé que le terrain que j'ai acheté lui appartient et que je ne peux pas avoir la maison. J'ai les papiers pour le terrain, je les produis comme pièce à conviction, PEX.2. Je souhaite qu'il me verse les 10.000 Shillings et

qu'il lui soit interdit de se rendre chez mes parents, de les insulter ou de menacer de me tuer. Il devrait me rendre mes affaires. Il devrait payer les frais de cette affaire. C'est tout. ».

Contre-interrogatoire par le répondant :

« Ce n'était pas le 28 février 2004, mais le 26 février 2006 que nous avons divorcé pour la première fois. Je reconnais que la date du second divorce était bien le 28 février. Je me rappelle que nous nous sommes mis d'accord devant Maalim Salim que tu devrais me payer 2,500 Shillings sur les 20,000 Shillings. Tu ne m'as donné qu'un placard pour les fournitures de la dot. Les éléments de la maison, c'est moi qui les ai achetés. Tu es allé chez mes parents et tu les as insultés. Les 10.000 Shillings que tu m'as donnés sont pour ma dot, avec lesquels j'ai acheté le terrain. Tu m'as demandé d'avoir des relations orales et je m'en suis plainte à mon père ».

Une nouvelle audition se tient le 21 juillet 2005, en présence des deux parties.

Témoignage du témoin du répondant (en swahili) :

« Je m'appelle Bukari Said. Je vis à Likoni. Je connais les parties dans cette affaire. La plaignante est ma fille. Le répondant est mon beau-fils. Les parties sont divorcées. Ils avaient l'habitude de se disputer. Je suis intervenu et je les ai réconciliés. Cette dernière fois, ils ne sont pas venus me voir. Ils se sont séparés. Ensuite, l'homme (le répondant) m'en a informé. Il m'a dit qu'il l'avait répudiée. Elle (la plaignante) n'est pas venue me voir. Elle est restée en dehors. Elle est seulement venue me voir lorsqu'elle est tombée malade, plusieurs mois après leur divorce. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par le répondant :

« Elle (la plaignante) m'a dit que tu voulais avoir des relations orales, mais je n'étais pas à l'aise pour en parler. Tu ne m'as pas personnellement dit que tu ne voulais plus d'elle. Tu t'es plaint auprès de moi qu'elle ne reste pas à la maison lorsque tu vas travailler. Je vous ai réconciliés. Tu ne m'as pas insulté face à face, mais elle (la plaignante) dit que c'est ce que tu fais lorsque tu es avec elle. Le 13 décembre 2004, lorsque tu as divorcé, elle n'est pas venue me voir, car elle savait que je chercherais à la convaincre de retourner auprès de toi. Elle (la plaignante) est venue me voir lorsqu'elle est tombée malade. Elle m'a dit qu'elle cherchait du travail pour subvenir à ses besoins. La dot sur laquelle vous vous êtes mis d'accord consistait en des meubles, mais tu ne lui as donné que 10.000 Shillings. Je ne sais pas si elle travaille. Un jour, elle m'a dit qu'elle achetait un terrain et elle a pris les 10.000 Shillings. Elle m'a aussi demandé un prêt de 4.000 Shillings, me disant que tu lui avais dit de me demander. Tu es venu et tu as pris le placard et d'autres choses. Je ne l'ai pas appelée, mais ses sœurs ont parlé avec elle au téléphone au sujet des éléments que tu avais pris ».

Le 28 septembre 2005, en présence des deux parties, le répondant est de nouveau auditionné (en swahili) :

« Je m'appelle Bukari Hassan. Je vis à Likoni. Je connais la plaignante. Nous sommes divorcés. Nous avons divorcé le 13 décembre 2004. Je demande au tribunal de donner un jugement en fonction de la déposition du témoin (Bakari Said Mwabindi). C'est tout ».

Le 29 novembre 2005, se déroule un contre-interrogatoire des parties par le juge.

Contre-interrogatoire de la plaignante par le Kadhi :

« Ma demande porte sur mes biens, qui consistent en six fenêtres, un placard, les ustensiles de cuisine et la balance de ma dot d'un montant de 10.000 Shillings. Nous avons convenu d'une dot de meubles, que nous avons convertie en argent, pour un montant de 20.000

Shillings. Il m'a payée 10.000 Shillings. Il demande aussi mon terrain, que j'ai acheté avec les 10.000 Shillings de ma dot. J'ai déjà fourni l'accord de vente pour le terrain ».

Contre-interrogatoire du répondant par le Kadhi :

« Je nie que ces biens sont les siens. Mon témoin était son père, que j'ai contre-interrogé au sujet du terrain et des biens. Son père, lorsque je l'ai contre-interrogé, a dit qu'il ne savait pas que c'était sa fille (la plaignante) qui s'occupait de mon business. Elle affirme qu'elle a acheté le terrain avec l'argent de son affaire, ce dont son père n'était pas au courant. Au début, elle a dit que c'était de l'argent qu'elle tenait de son commerce, mais maintenant elle dit que cet argent venait de sa dot. Le terrain a une valeur de 12.000 Shillings. Il y a une balance de 2.000 Shillings. Elle (la plaignante) est allée demander une lettre aux vendeurs, ce dont je me suis plaint auprès de ces derniers. Les vendeurs ne pouvaient pas me demander les seconds documents du terrain, étant donné qu'ils les lui avaient déjà donnés. J'ai des reçus pour les biens, que je souhaiterais fournir ».

(les reçus sont présentés) .

Arrêt :

« Upon cross-examination of the parties herein as for the house each one to bring their contractors and/or *fundi*. As for the household items the carpenters who issued the receipt to come to court for their evidence ».

Une autre audition a lieu le 19 janvier 2005, en présence des deux parties.

Déposition du premier témoin de la plaignante :

« Je m'appelle Hamisi Salim. Je vis à Likoni. Je connais les parties dans cette affaire. Elles étaient mariées et vivaient comme mari et femme. Plus tard, elles ont divorcé. Je suis le Président du *Mrima Youth Group*. Nous avons vendu le terrain à la femme (la plaignante). Elle est venue nous voir, expliquant que son époux divorcé voulait prendre la maison, alors que nous avons vendu le terrain à elle et construit une maison. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par le répondant :

« Vous m'avez dit que vous aviez pour projet de construire une maison sur le terrain. Je ne sais pas si elle a le moindre commerce. C'est elle qui sait comment elle a obtenu cet argent. C'est la femme (la plaignante) qui nous a payé le terrain. Je ne peux pas confirmer auprès de ce tribunal que la maison est la vôtre. Je suis venu ici pour témoigner sur la question du terrain ».

Déposition du deuxième témoin de la plaignante (en swahili) :

« Je m'appelle Rashid Salim Manji. Je vis à Likoni. Je connais la femme (la plaignante) mais j'ai aussi déjà vu l'homme (le répondant). Je suis un Président-adjoint du *Mrima Youth Group*. La femme (la plaignante) est venue nous voir pour un terrain afin de construire une maison. Nous lui avons vendu une partie de terrain. Nous avions un accord avec elle. Nous lui avons ensuite trouvé des maçons pour construire la maison. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par le répondant :

« Je la connais (la plaignante), étant donné qu'elle est venue nous voir pour un terrain. Une personne peut construire, même si elle n'a pas d'emploi. Personnellement, je ne peux pas faire confiance à ma femme ».

Déposition du troisième témoin de la plaignante (en swahili) :

« Mon nom est Omar Athman. Je vis à Likoni. Je connais seulement la plaignante. Je suis secrétaire au Mrima Youth Group. Elle (la plaignante) est venue nous voir pour un terrain afin de construire une maison. Nous lui avons vendu le terrain afin qu'elle soit autorisée à contruire une maison. Meswaleh (la plaignante) est celle qui nous a acheté le terrain. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par le répondant :

« Je ne vous connais pas (défendant), mais je connais Meswaleh (la plaignante). Si j'envoyais ma femme m'acheter quelque chose, je lui donnerais ma carte d'identité ou mon passeport, afin qu'elle puisse enregistrer l'achat à mon nom. Elle (la plaignante) ne nous a pas parlé de son mari ».

Une nouvelle audition des témoins de la plaignante se tient le 22 mars 2006, en présence des deux parties.

Déposition du quatrième témoin de la plaignante (en swahili) :

« Mon nom est Hussein Magati. Je vis à Likoni. Je connais seulement la plaignante, mais pas le défendant. En février 2006, la femme (la plaignante) est venue à mon magasin de meubles. Elle m'a dit qu'une autre personne disait que les meubles que j'avais fait pour elle étaient à elle (la personne) et avaient été faits par un autre menuisier. Je lui ai dit que s'il s'agissait des mêmes meubles que ceux que j'avais fait pour elle, je donnerai mon témoignage. Je lui ai fait un lit, une table, six fenêtres et un placard. C'est tout »

Contre-interrogatoire par le défendant :

« J'ai une femme, elle vend du charbon et elle a rejoint un groupe d'entraide. Je ne demande pas à mes clients d'où provient l'argent qu'ils utilisent pour payer les meubles que je fais pour eux »

La plaignante n'a pas d'autres témoins.

Une audition se tient encore le 9 août 2006, en présence des deux parties.

Le répondant déclare :

« Mon témoin était le père de Meswaleh. Il a fait sa déposition. Je n'ai pas d'autres témoins. C'est tout ».

Le jugement est prononcé par le Kadhi le 14 septembre 2006.

Upon hearing the parties, the plaintiff's witnesses (Bakari Said, Hamisi Salim, Rashid Salim, Omar Athman and Hussein Magati), the defedent didn't bring any witness in this matter.

As for the items claimed by the plaintiff, the defendant did collect them from the plaintiff's home as confirmed by PW1 (Bakari Said). Also the plaintiff brought the carpenter to confirm having made the items for her, i.e. PW5 (Hussein Magati).

In Muslim law, it is illegal to take another person's good unjustly.

The Holy Koran states (*citation en arabe*). Accordingly the defendant has to return the items he took from the plaintiff's house as stated in the plaint.

On the issue of dowry the plaintiff alleges a balance of Ksh. 1,000/- and the defendant in part 5 of his defense admits the same. Therefore the defendant has not paid this balance dowry. In accordance to Muslim law dowry is a protected right of a woman upon marriage. The Holy Koran states (*citation en arabe*).

On the issue of threats to kill or abusing the plaintiff's parents there have been no tangible evidence to support this. In accordance to Muslim law any person making a claim as an obligation to prove the same. The Holy Koran states (*citation en arabe*).

On the issue of ownership of the house there has been no proper documentary evidence warranting the order of this court.

Each party to bear their own costs. Right of appeal of 30 days.

Read in court before the parties.

19. Succession Cause 41/2005

Hassan Bakari Mwajambia and others (requête) vs Mwanahamisi Bakari Mwajambia (répondant)

Objet : Héritage.

Affaire ouverte le 19 janvier 2005. Seule la défense est représentée par un avocat.

L'affaire concerne les biens de Kinanasi Hamad Mwajambia, décédée le 7 mai 1967 à Msambweni. À sa mort, cette femme a laissé huit héritiers (Hamis, Bakar, Nimayo, Mwajumbe, Mwanaisha, Mwanajuma, Mwatime et Hadija). Elle possédait un terrain à Kwale/Msambweni. L'affaire concerne plus particulièrement ce terrain, que l'un des héritiers (la répondante) a divisé sans l'accord des autres. Le plaignant demande l'arrêt de la division du terrain, l'arrêt des cultures et de la construction de logements sur le terrain en question et que la répondante quitte la maison qu'elle occupe.

Dans sa réponse, datée du 7 avril 2005, la répondante affirme qu'elle n'occupe aucune propriété de la défunte, mais un terrain appartenant à son père. Elle explique que son terrain est mitoyen de celui qui appartenait à Kinanasi. Elle explique encore que, au moment où les terrains furent divisés, son père travaillait à Lamu et n'était pas en mesure de prendre part à la division de ces terrains. La personne en charge de la division des parcelles avait joint le terrain de son père et celui de Kinanasi, ce qui a été la source de confusion, et constitue la cause du présent différend. Ce terrain lui a été donné par son défunt père (Bakari Hamadi Mwajambia), parce qu'elle n'a pas reçu d'éducation comme les autres enfants de sa famille, qui sont maintenant en mesure de subvenir à leurs besoins, après avoir été éduqués par leur défunt père. Elle affirme qu'il y avait des témoins lorsque le terrain lui a été donné (Mwatime, Khadija et Mwanaisha). Pour sa défense, elle explique être en possession de cette terre depuis 1975 et que cela n'a jamais été contesté jusqu'à présent. Elle demande le transfert de l'affaire au tribunal de Kwale, devant les « Land Clan Elders » ou devant le tribunal de Kadhi de Kwale. Enfin, le 21 avril 2005, elle informe le tribunal de Kadhi qu'elle a désigné un avocat pour la défendre dans cette affaire.

Une audition est fixée pour le 19 janvier 2006. Le plaignant est absent, la répondante est présente, accompagnée de son avocat (M. Abdi et M. Khatib). L'avocat de la répondante prend la parole :

« Le 23 novembre 2005, nous avons invité le plaignant pour une date qui avait été choisie ex parte. Notre cabinet n'a pas réussi à envoyer au plaignant une notification d'audition. Sur la base de ces faits, nous demandons un ajournement. Nous prions l'honorable tribunal de nous donner une autre date et nous fournirons au plaignant une notification d'audition ».

Arrêt :

« Audition le 22 mars 2005. Une notification d'audition devra être établie ».

L'audition se tient effectivement le 22 mars 2006, en présence des deux parties et de l'avocat de la répondante. Le plaignant prend la parole en premier :

« Ce que je sais, c'est que nous avons déjà réglé cette affaire à la maison, avec les anciens. Je ne sais pas pourquoi elle a de nouveau été portée devant la justice. C'est tout ».

M. Khatib :

« Il avaient reconnu que le terrain et la maison appartenaient à la répondante. Si cela est le cas, un arrêt devrait être pris dans le sens de ce qui a été conclu devant les anciens. C'est tout ».

Le plaignant :

« Ce n'est pas ce que nous avons convenu. Elle devrait partir. Ou bien, c'est moi le répondant et c'est elle la plaignante. Autrement, que l'on nous laisse du temps. C'est tout ».

Arrêt :

« Upon hearing Mr. Khatib for the defendant and the plaintiff in person, as for as their court file is concerned, there is not any settlement or consent agreement reached by the parties. Accordingly the court would give the parties time if they can place the alleged agreement, failing which the case shall proceed. In this case the plaintiff remains the plaintiff and the defendant, the defendant. Matter marked stood over general. It is so ordered ».

M. Khatib :

« Je demande qu'une date nous soit donnée plutôt qu'un « *stood of general* », étant donné qu'il se pourrait qu'ils fassent trainer. C'est tout ».

Plaignant :

« C'est d'accord. C'est tout ».

Arrêt :

« Audition le 13 juin 2006 ».

L'audition se tient le 13 juin 2006, en présence des deux parties et de l'avocat de la répondante. Mr. Khatib prend la parole en premier :

« Il n'y a eu ni accord ni réconciliation. D'après le plan, elle a reçu la propriété de la part de son défunt père en 1972. Depuis, il lui appartient. C'est tout ».

Le plaignant répond, puis fait sa déposition (en Swahili) :

« Je ne suis pas d'accord avec cela. Je m'appelle Hassan Bakari Mwajambia. Je vis à Mwondoni. Je connais la répondante. Elle est ma sœur. La défunte est Kinanasi Hamad Mwajambia, qui est notre grand-mère. Lorsqu'elle est morte, ses parents étaient déjà décédés. Elle a laissé les enfants suivants : Hamisi Hamadi Mwajambia (qui est aujourd'hui décédé), Bakar Hamadi Mwajambia (également décédé), Nimayo Hamadi Mwajambia, Mwajumbe Hamadi Mwajambia, Mwanaisha Hamadi Mwajambia, Mwanajuma Hamadi Mwajambia, Mwatime Hamadi Mwajambia et Hadija Hamadi Mwajambia. Hamisi est décédé avant sa mère. Bakari est également décédé aujourd'hui. Ses parents sont morts avant lui. Il a laissé une veuve et des enfants, du nom de Fatuma Bakari Mwajambia, Juma Bakari Mwajambia (qui a apostasié), Hamadi Bakari Mwajambia, Ramadan Bakari Mwajambia, Mwanahamisi Bakari Mwajambia (la répondante), Hassan Bakari Mwajambia (le plaignant), Rukia Bakari Mwajambia, Shuwari Bakari Mwajambia (qui est décédé) et Mwanakombo Bakari Mwajambia. Nimayo Hamadi Mwajambia est aussi aujourd'hui décédé. Ses parents sont décédés avant elle. Je ne suis pas sûr pour ce qui concerne son mari. Elle a laissé les enfants suivants : Nzar Bakari (fils), Matano Bakari (fils), Islam Bakari (fils), Budi Bakari (fils) et

Machunda bakari (fille). Les parents de Majumbe Hamadi Mwajambia sont décédés avant elle. Je ne sais pas ce qu'il en est de son mari. Ses enfants sont Fatuma Mwaganzoro et Mwana... Mwaganzoro. Elle a son frère et sa soeur, ce qu'expliquera mon témoin. La défunte a laissé des biens, parmi lesquels le terrain Kwale/Msambweni "A"/2195 est la cause du différend avec la répondante. Lorsque les terrains ont été enregistrés, en 1979 mon père Bakari Mwajambia a donné comme instruction que tous soient enregistrés au nom de sa défunte mère Kinanasi Hamad Mwajambia. Il était à Lamu et leur mère était morte en 1978. Trois personnes, Suleiman Shauri, Hassan Hamisi Mwajambia et Suleiman Hamisi Mwajambia, ont montré le *Shamba* aux experts. Le terrain entier a acquis un numéro, Kwale/Msambweni "A"/2195. Ce n'est que plus tard que la répondante a enlevé une portion, affirmant qu'elle lui avait été donnée par notre défunt père Bakari Hamadi Mwajambia. Je prie qu'un arrêt soit donné à l'officier en charge de l'enregistrement des terres à Kwale pour annuler l'enregistrement des parcelles subdivisées N° 3324 et 3325. Elle devrait être empêchée de récolter les noix de coco. Elle devrait stopper toute construction pour ses enfants. Les parcelles subdivisées demeurent au nom de Kinanasi Hamad Mwajambia. Elle (la répondante) n'a pas été capable de mettre son nom. Les cocotiers avaient été laissés pour notre mère Fatuma Bakari Mwajambia afin d'assurer sa subsistance. Son fils, Jamal, a construit une maison. Il ne devrait plus rien construire. Il devrait aussi arrêter de faire paître ou garder ses troupeaux sur le terrain. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par M. Khatib :

« Je confirme les déclarations que je viens de faire. Je réclame la propriété de notre grand-mère Kinanasi. Je représente les autres enfants de Kinanasi. Mon père n'a laissé aucun bien. Il y a six terrains au nom de Kinanasi. Personne n'a reçu de *Shamba*. Hamisi et les autres "squattaient" les autres terrains qui ont été enregistrés en 1975. Hamisi Mwatumbe et Hadija n'ont pas pris le *Shamba* de Kinanasi. Mwanaisha n'a pas de *Shamba*. Je n'ai pas mentionné les autres *Shambas* de Kinanasi parce qu'ils ne font l'objet d'aucun litige. Notre père était à Lamu lorsque le *Shamba* a été expertisé. Notre grand-père avait autorisé Ali Hamadi à utiliser son *Shamba*. Lorsqu'il est parti, il a demandé une compensation, que notre père a réglée avec 40 Shillings. Lorsque le terrain a été évalué, notre grand-mère était vivante. Les autres propriétés de Kinanasi ont été enregistrées au nom d'autres enfants. Lorsque mon père est rentré de Lamu et a réalisé que les *Shambas* avaient été enregistrés au nom de ses frères et soeurs, il ne l'a pas contesté. J'ai payé une compensation de 400 Shillings à celui qui avait sa maison sur le *Shamba* lorsqu'il est parti. C'était en 1975 et j'ai moi-même payé cette somme. Elle (la répondante) a plus tard été autorisée à vivre dans cette maison étant donné qu'elle était sans ressource. Les cocotiers devaient être cultivés pour notre mère, mais c'est elle qui le fait. Le père avait loué certains cocotiers mais le *Shamba* appartenait à Kinanasi. Je ne suis pas le seul enfant de la défunte, il y en a d'autres. Au Chief, j'ai envoyé des convocations pour son service ».

Une nouvelle audition est fixée pour le 31 août 2006, puis reportée au 16 novembre 2006. Le 16 novembre 2006, les deux parties sont présentes, avec leurs témoins.

Le premier témoin du plaignant fait sa déposition (en swahili) :

« Je m'appelle Binti Hamadi. Je vis à Changamwe, bien que nous soyons originaires de Mwambweni. Je connais le plaignant. Il s'agit de mon neveu, le fils de mon frère. La dispute concerne un *Shamba*, qui appartient à notre père Mwajambia. Le répondant a envoyé des experts au *Shamba*, bien qu'elle soit la petite-fille et que nous, les enfants de Mwajambia, soyons toujours en vie. Elle ne nous a pas consultés au sujet de l'évaluation. Elle était avec son fils et une personne du cadastre. Le *Shamba* est au nom de Kinanasi qui est notre mère.

Elle (la répondante) est sa petite-fille. Le *Shamba* est à nous et elle n'a aucun droit de le faire évaluer. C'est tout ».

Le témoin est contre-interrogé par M. Khatib :

« Mwajambia avait huit enfants. Je peux les nommer : Bukari (décédé), Hamisi (décédé), Mwanaisha, Mwajumbe, Mwanajuma (moi-même), Nimayo, Mwatime et Hadija. Nous n'avons pas porté l'affaire devant la justice et nous avons laissé le *Shamba* pour la famille. Ali Mwakidogo était un voisin de mon père. Il ne possédait pas le moindre *Shamba*. Le père d'Ali Mwakidogo avait reçu une partie du *Shamba* de mon père pour la cultiver. Ali Mwakidogo avait reçu 40 Shillings pour ses quatre cocotiers. Notre père n'a pas vendu la terre. Mon père a demandé à Bakari de donner 40 Shillings à Ali Mwakidogo. Notre père possède un autre *Shamba* à Bonani et nous l'avons toujours. Nous sommes Hadija, Mwatime, Mwanaisha et moi-même. Elle est revenue elle-même pour construire ».

Le deuxième témoin est ensuite appelé à comparaître devant le Kadhi (il fait sa déposition en swahili) :

« Je m'appelle Mwanaisha Hamadi. Je vis à Msambweni. Je connais les parties. Ce sont des enfants de mon fils. Le *Shamba* appartient à notre père, Hamadi Mwajambia, et à notre mère, Kinanasi. Le *Shamba* est au nom de Kinanasi. Elle (la répondante) veut faire évaluer notre *Shamba*. Elle ne nous a pas demandé. Lorsque Bakari était avec les experts, trois acres et demi ont été évalués. Bakari est notre frère et le *Shamba* ne lui appartenait pas. La totalité du *Shamba* est à nous et pas pour Ali Mwakidogo. Il a seulement été autorisé à construire une case. Je veux que le *Shamba* reste à nous ».

Le second témoin est contre-interrogé par M. Khatib :

« Je m'appelle Mwanaisha Hamadi Mwajambia. Je suis mariée à Msambweni. Lorsque le *Shamba* a été évalué, Bakari était à la maison. Bakari est mon frère. Notre père est décédé lorsque le *Shamba* a été évalué. Il a été mis au nom de Kinanasi. Mwanasiti est celle qui l'a élevée, la répondante étant sa tante paternelle. Elle (la répondante) a été envoyée à la *Madrassa*. Lorsque le *Shamba* a été évalué, son père (le répondant) était présent ».

Le plaignant n'a pas d'autre témoin. L'avocat du répondant a trois témoins. Le premier, qui est âgé, est auditionné le jour-même :

« Je m'appelle Ahmed Ali Kidogo. Je vis à Mwambweni. Je connais les parties dans cette affaire. Ils sont frères et soeurs. Je connais Hamadi Mwajambia. Nous sommes voisins. Le problème porte sur le *Shamba*. Hussein, qui est mon grand-père, a mis les balises et a délimité le *Shamba*. Il l'a ensuite donné à mon père, Ali Mwakidogo. Lorsque Ali Mwakidogo a voulu partir, il a dit à Hamadi Mwajambia de l'acheter. Bakari Hamadi Mwajambia a donné 30 Shillings à mon père et a pris le *Shamba*. Hamadi Mwajambia possédait son propre *Shamba*, qui voisinait celui de mon père. Cela était avant que la terre ne soit évaluée. Elle a été évaluée en 1970. Personnellement, je souhaitais la récupérer, mais finalement je me suis retiré. Le *Shamba* n'avait pas été donné à mon père pour qu'il y vive. Le *Shamba* appartenait à mon grand-père, puis à mon père, qui l'a vendu ».

Le témoin est contre-interrogé par le plaignant :

« Il a été vendu 30 Shillings. Le *Shamba* était pour mon grand-père et ensuite pour mon père. Elle (la répondante) m'a demandé de donner des preuves au sujet du *Shamba* de mon père ».

Une nouvelle audition est fixée par le Kadhi pour le 7 février 2007, en présence des deux parties et de M. Khatib pour la répondante. La répondante est interrogée par le Kadhi :

« Je m'appelle Mwanahamisi Bakari Mwajambeni. Mon père est Bakari Ahmadi Mwajambeni. Bukari est le fils de Ahmadi Mwajambeni. Bukari est décédé et mon grand-père, Ahmad Mwajambeni, est également décédé. Ahmad Mwajambeni avait une femme, du nom de Kinanasi (veuve). Ahmad Mwajambeni et Kinanasi eurent sept enfants : Mwanahamisi (Nimoyo), Mwajumbe, Mwanajuma, Mwanaisha, Hadija, Bukari et Hamisi. Le *Shamba* que j'utilise appartenait à Bakari et pas à Kinanasi. *Mzee* Bakari avait acheté le *Shamba* à Ali Mwakidogo. Tous mes frères et sœurs sont éduqués. Il n'avait pas les moyens m'envoyer à l'école. C'est pourquoi mon père m'avait donné le *Shamba*. Les gens voulaient quitter le *Shamba* et demandaient une compensation de 600 Shillings. Mon père, Hassan Bakari et Ahmadi Bakari leur ont demandé l'argent, qu'ils ont donné. Plus tard, mon père a appelé mes deux demi-frères, Hassan Bakari et Ahmadi Bakari et leur a rendu leur argent. Il m'a ensuite donné le *Shamba*, au motif qu'il ne m'avait pas éduquée. Le *Shamba* m'a été donné par mon défunt père Bakari. Le *Shamba* n'était pas pour Kinanasi. Il mesure 2 acres et demi. Il est voisin du *Shamba* de Kinanasi, qui fait environ 3 acres et demi. Mes frères en ont été informés, de même que mes tantes paternelles. Toutes mes tantes paternelles avaient reçu des *Shambas* de la part de Mwajambia. Ma part de *Shamba* n'est ni pour Kinanasi, ni pour Mwajambia. Je prie que cette affaire fasse l'objet d'un non-lieu, avec les frais à la charge du plaignant et que j'ai le *Shamba* comme il me l'a été donné par mon père. C'est tout ».

La répondante est ensuite contre-interrogée par le plaignant :

« À l'origine, le *Shamba* était pour Hassan. Tout le *Shamba* est au nom de Kinanasi. Lorsque le *Shamba* a été évalué, ma portion était incluse. Suleiman avait reçu l'autorisation de notre père pour diriger l'évaluation. *Mzee* (père) avait reçu une éducation séculière et auprès de la *Madrasa*. Lorsque notre père a rendu les 600 Shillings pour le *Shamba*, tu les as pris. Mes tantes paternelles ont été mises au courant de ma part de *Shamba*. Les filles de Bakari sont au nombre de trois et ses fils au nombre de deux. Il n'a appelé aucun de ses enfants. Le *Shamba* n'était pas un héritage, mais une compensation (*ridhaa*) parce qu'il ne m'avait pas éduquée. Ce fut l'erreur des experts de ne mettre qu'un seul nom. Depuis que j'ai obtenu mon *Shamba*, personne n'y est venu. Je ne suis pas venue au tribunal parce que je savais que mes tantes paternelles étaient au courant de la question du *Shamba*. Tu as décidé de déposer cette plainte au lieu de t'informer auprès de moi. Nos tantes paternelles viennent pour être témoins. C'est tout ».

La répondante est interrogée par M. Khatib :

« Il y a quatre filles de Kinanasi toujours en vie. Aucune de ses quatre filles n'est venue me demander quoi que ce soit à propos du *Shamba*. J'ai planté des cocotiers, des manguiers et des arbres à noix de cajou. J'ai planté ces arbres du temps où notre père était vivant. Lorsque notre père est décédé, il a laissé une maison ».

Ensuite, M. Khatib interroge le deuxième témoin de la répondante (le témoin s'exprime en Swahili):

« Je m'appelle Suleiman Hamisi Mwajambia. Je vis à Mwambeni. Je connais le plaignant. Il est mon cousin paternel. La répondante est la sœur de mon cousin paternel. Mon père est plus âgé que leur père. Mon père est le premier enfant d'Ahmad Mwajambia. Mon grand-père est décédé. Le *Shamba* qui fait l'objet du différend appartenait à Bakari Mwajambia. Il l'avait mis en valeur avec sa première épouse. C'est moi qui ai fait visiter les experts avec mon autre frère. C'était en 1977. Nous avons évalué quatre *Shambas*. Lorsque nous sommes arrivés au dernier, il y avait un différend au sujet de ses limites. Cela a pris trois jours et lorsque nous avons réglé l'affaire, la totalité du *Shamba* a été évaluée en un seul lot. Je vivais avec Bakari Mwajambia. *Mzee* Bakari Mwajambia lui (à la répondante) avait donné le *Shamba* et depuis

cela il lui appartenait. Toutes les tantes paternelles avaient leurs portions. Depuis que le Shamba lui avait été donné (à la répondante), personne n'est venu le réclamer. C'est elle qui l'a développé et qui le travaillait. C'est tout ».

Le témoin est contre-interrogé par le plaignant:

« Hamasi Mwajambia est mon père. Bakari Mwajambia est mon oncle paternel qui m'a éduqué. Ton père, Bakari Mwajambia, a utilisé son nom lorsqu'il m'a envoyé à l'école. Mes certificats sont au nom de Suleiman Bakari Mwajambia. Mzee Bakari Mwajambia m'a montré les limites. C'est à cause d'un différend sur les limites qu'il a inscrit le nom de Kinanasi, leur mère. Nous avons expliqué à Mzee Bakari l'évaluation au nom de Kinanasi. Mzee Bakari a appelé sa soeur pour la part de Mwanahamisi Bakari Mwajambia. Le terrain No. 2195 fait 8 acres. C'est tout ».

Il n'y a pas d'autres questions, ni d'autres témoins. Les parties sont conviées à se représenter devant le tribunal le 27 mars 2007 pour leurs demandes finales.

20. Civil Case 97/2005

Mwanaisha Ali Salim (plaignante) vs Juma Abdalla Mahu (répondant)

Objet : Garde des enfants, entretien, Edda.

Affaire ouverte le 15 avril 2005. Dans cette affaire, les deux parties sont représentées par des avocats.

Le couple s'est marié le 8 janvier 1998 et les époux ont quatre enfants (Abdalla Juma, Fatuma Juma, Mwanahamisi Juma et Asya Juma).

Le 27 février 2005, leur union a été dissolue à l'initiative de l'époux (Talak).

L'affaire est portée devant le tribunal à l'initiative de l'ex-épouse. Dans sa plainte (déposée par son avocat, le 15 avril 2005), elle affirme qu'en janvier 2003, son mari l'a soudainement expulsée du domicile conjugal, à Matuga, et l'a envoyée dans une autre maison à Kisauni. Ce faisant, le répondant a négligé son entretien. La plaignante affirme également qu'elle est tombée malade durant leur mariage et qu'elle sera sous traitement médical pendant une longue période. Elle affirme que son ex-mari ne lui a pas fourni des soins médicaux appropriés, alors que, étant sans emploi, elle était totalement dépendante de son ex-époux. Elle indique encore avoir ouvert un dossier auprès du tribunal pour enfants le 10 décembre 2003 (Court Case 158/2003), dans lequel elle demande la garde de ses quatre enfants. Auprès du tribunal de Kadhi, la plaignant demande la prise en charge de ses frais d'entretien passés (janvier 2003 à février 2005, soit 10,000 Shillings par mois), le paiement de l'Edda (10,000 Shillings par mois) et le paiement des frais médicaux passés et à venir.

Pour sa défense (réponse rédigée par l'avocat du répondant et datée du 10 mai 2005), l'ex-époux nie avoir expulsé la plaignante du domicile conjugal et affirme que celle-ci l'a elle-même déserté. Il affirme avoir toujours réglé les frais médicaux de son ex-épouse et payé les 10,000 Shillings pour l'entretien des enfants. Il réfute que la plaignante ait droit au paiement d'une Edda de 10,000 Shillings ou de toute autre somme. Il prétend enfin que la plaignante est coupable d'adultère. C'est pourquoi, il demande au tribunal de rendre un non-lieu et d'imposer les coûts de l'affaire à la plaignante.

Une audition se tient le 30 novembre 2005.

Plaignante, interrogée par Mr Khatib (son avocat), en swahili :

« Je m'appelle Mwanaisha Ali Salim. Je vis à Kisauni. J'ai 29 ans. Je connais le répondant. Il était mon époux. Nous nous sommes mariés en 1998. Il (le défendant) m'a donné ma dot. Il m'a donné un placard et un lit. Nous sommes bénis de quatre enfants. Nous avons vécu comme mari et femme depuis 1998 jusqu'au 4 juillet 2003. Il (le répondant) m'a renvoyée chez mes parents. Il a dit que je devrais changer de comportement. Il a dit qu'il viendrait après un mois pour notre affaire. Il n'est pas revenu. Il a divorcé le 27 février 2005. Il ne m'a pas donné la compensation pour ma période d'Edda. Lorsqu'il m'a renvoyée de la maison, il avait l'habitude de me donner la pension pour les enfants, mais pas pour moi. Depuis le 4 juillet 2003, il ne m'a pas versé de pension alimentaire. Avant notre divorce, il me donnait 500 Shillings par semaine. C'était mon premier mariage. Nous n'avions pas eu de test HIV. Je n'étais pas vierge. Les noms de nos enfants sont : Abdalla Juma (6 ans), Mwanahamisi Juma (4 ans), Fatuma Juma (5 ans) et Asya Juma (3 ans). Maintenant, je suis séropositive. Je veux présenter les ordonnances du docteur. Maintenant, j'ai un problème de poitrine, j'ai la tuberculose et de la fièvre. Je l'ai informé de mon état de santé. Il m'a aidée, mais depuis janvier 2005 il a arrêté. J'ai réalisé que j'étais séropositive en janvier 2005. Je dois être placée sous traitement en raison de la maladie. Je demande la compensation pour la période d'Edda, mon entretien passé et mes soins médicaux. Pour les enfants, il avait l'habitude de payer 10,000 Shillings, qu'il a ensuite réduits à 8,000 Shillings. Il paye de façon hebdomadaire, par versements échelonnés. Une seule fois, il a payé d'un coup. Je n'ai pas eu d'aventure extra-maritale avec qui que ce soit ».

Contre-interrogatoire, par M. Wachiru, avocat du répondant :

« Il m'a épousée lorsque j'avais 22 ans et je n'étais pas vierge. J'ai été testée séropositive cette année. La dernière fois que j'ai eu des rapports sexuels avec le répondant c'était le ? . Je ne serai pas d'accord s'il est négatif. Je suis au courant de l'affaire au sujet de mes enfants. Le juge lui a demandé de payer directement au tribunal. La compensation pour la période d'Edda est de trois mois à un taux de 10,000 Shillings par mois. Avant, nous avions un magasin. Il a une épouse, mais il n'a pas d'enfant avec elle. Au total, je veux 23,000 Shillings. J'ai vécu avec eux pendant cinq ans et demi. Il ne m'a pas dit ce qu'il voulait. Lorsqu'il m'a renvoyée à la maison, il a dit que je devrais rester avec mes parents jusqu'à ce qu'il vienne me chercher. Ce n'est pas vrai que j'ai eu des relations sexuelles avec un autre homme. Ce qu'il me donne n'est pas assez ».

Contre-interrogatoire par Mr. Khatib :

« Il ne m'a pas dit qu'il avait une autre épouse. Le 31 mars 2003, il m'a dit qu'il diviserait nos jours, entre moi et l'autre épouse. Il s'est marié avec l'épouse d'un de ses amis. Je lui ai demandé de faire un test, il a refusé. Le dernier enfant est né le 7 décembre 2002. l'enfant n'est pas affecté ».

Une nouvelle audition est prévue le 19 janvier 2006, en présence des deux avocats. Cependant, l'un d'entre eux ne peut pas se présenter car il est en même temps devant la Cour d'Appel. Un médecin est également convoqué pour donner son témoignage, mais il ne peut pas rester au-delà de 10h30. Pour ces raisons, l'audition est reportée au 22 mars 2006. Le 22 mars, les deux parties sont représentées par leurs avocats (M. Khatib pour la plaignante et M. Wachira pour le répondant).

M. Khatib :

« Nous étions ici pour le témoignage du docteur. Il ne s'est pas présenté. Nous demandons une autre date. C'est tout ».

M. Wachiru :

« Je n'étais pas présent pour l'audition. J'imagine qu'ils ont été informés de l'ajournement de l'affaire. C'est tout ».

M. Khatib :

« Le docteur était ici présent le 19 janvier 2006 mais il ne pouvait pas attendre pour les parties au-delà de 10h30 étant donné qu'il avait du travail. C'est tout ».

Deux nouvelles auditions sont fixées pour le 20 avril 2006 et le 5 juillet 2006, mais chaque fois, le docteur n'est pas en mesure de se présenter. Finalement, une audition a lieu le 30 août 2006.

M. Khatib :

« Nous sommes ici pour une nouvelle audition. Nous demandons que l'affaire soit close. Nous n'avons pas d'autre témoin ».

M. Munyi :

« Mes instructions sont que M. Wachiru a deux affaires au tribunal de Kwale et il demande que nous fixions une autre date pour les auditions. C'est tout ».

M. Khatib :

« Cette date avait été fixée par consentement le 5 juillet 2006 et il en était parfaitement au courant. Si M. Wachira a pris d'autres affaires à Kwale, c'est son propre problème. Si le tribunal est prêt à accorder l'ajournement, nous demandons une date la semaine prochaine. Ma cliente est malade mais elle s'est forcée à venir ».

Arrêt :

« Audition fixée le 13 septembre 2006 ».

Le 13 septembre 2006, l'audition se tient en présence des deux parties et de leurs avocats.

M. Khatib :

« Nous sommes venus le 30 août. Nous avons demandé que l'affaire soit close. Après cette considération, nous estimons préférable d'avoir le témoignage du docteur. Nous prions que notre affaire soit réouverte ».

Arrêt :

« Accordé ».

Le médecin est interrogé par M. Khatib (en anglais) :

« Je m'appelle Ramadhan Suleiman Marjan. Je vis à Nyali. Je pratique la médecine à *Island Plaza*. Je possède un diplôme en médecine et en chirurgie (...). Je connais Mwanaisha Ali Salim. Elle est ma patiente depuis 1988. Je connais Juma Abdalla. Il est le mari de Mwanaisha Ali. Je connais l'état de santé de Mwanaisha, que j'estime inutile d'exposer en public. L'année dernière, j'ai rédigé un rapport, que je lui ai remis. Elle a été sévèrement malade et je l'ai faite entrer au Coast General Hospital, avant qu'elle n'aille au MEWA. Dans le rapport, j'ai écrit que Mwanaisha a une maladie chronique. Mon cher collègue n'a pas d'objection à ce que je fournisse la rapport qu'elle a noté pièce à conviction 1. C'est tout ce que j'ai à dire ».

Contre-interrogatoire par M. Wachira :

« La maladie chronique date de 1988. Je l'ai soignée. J'ai aussi soigné Juma Abdalla. Normalement, pour ce genre de maladie, nous ne pouvons pas soigner les deux époux ».

M. Wachira :

« Le répondant n'est pas présent au tribunal et je n'ai pas apporté les documents vitaux. Je demande un ajournement ».

M. Khatib :

« Une fois de plus, nous sommes confrontés à la même situation. Leur client n'est pas présent. Le plus tôt cette affaire sera résolue sera le mieux ».

Arrêt :

« Audition le 7 décembre 2006 ».

21. Civil Case 117/2005

Kauthar Haidar Naaman (plaignante) vs Khalid Jaffer Mohamed (répondant)

Objet : Dissolution du mariage, garde et entretien des enfants.

Affaire ouverte le 18 mai 2005 et jugée le 6 juillet 2006. Affaire sans avocat.

Ce couple s'est marié selon le droit musulman en 1997.

Dans sa plainte, la plaignante justifie l'ouverture de ce dossier par une incompréhension au sein de leur couple depuis 1998. Elle affirme que son époux ne la respecte pas, la bat et l'a chassée de leur domicile. Elle se plaint également qu'il ne s'occupe pas d'elle et de ses enfants.

Pour sa défense (datée du 26 mai 2006), le répondant réfute toute incompréhension au sein de leur couple. Il affirme avoir assumé toutes ses responsabilités au sein de leur famille et prétend que sa femme a d'elle-même quitté le domicile conjugal, sans sa permission et en prenant avec elle leurs enfants. Il affirme souhaiter qu'elle rejoigne le domicile conjugal parce qu'il l'aime toujours. Il prétend enfin que toutes les allégations de sa femme ne sont que des mensonges.

Une audition a lieu le 15 septembre 2005, en présence des deux parties.

La plaignante :

« Je m'appelle Kauthar Haidar. Je vis à Magongo. Je connais le répondant. Il est mon époux. Nous nous sommes mariés en 1997 selon le droit islamique. Nous sommes bénis de deux enfants : Hassan Khalid (6 ans) et Said Khalid (3 ans). Il (le répondant) assume l'entretien, pour moi et mes enfants. Mais il me bat. La dernière fois, c'était après que je lui ai demandé de l'argent pour la maison. Il m'a dit qu'il n'en avait pas. Je lui ai dit que je partais. Alors que je partais, il m'a suivie et il m'a battue. Il m'a dit que si je partais, je n'avais pas intérêt à revenir. Un voisin est venu et lui a demandé pourquoi il me battait. Il ne m'achète pas de vêtements et il me bat dès que je lui demande de l'argent. Maintenant, je suis fatiguée. Je demande la dissolution de mon mariage. Il prétend que j'ai d'autres hommes. Je veux la garde des enfants et la pension alimentaire. Je suis partie et après un mois, il est venu avec sa mère, chez moi. J'ai refusé de le suivre, mais il m'a battue. Il devrait payer les frais de scolarité et la pension pour les enfants. Cela fait maintenant 7 ou 8 mois que nous vivons séparés. Il a aussi refusé de me rendre mes effets personnels. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par le répondant :

« Je n'ai jamais dit que je voulais rentrer. J'ai été aidée par ma famille. Je suis venue au tribunal parce que je suis fatiguée ».

Une nouvelle audition a lieu le 13 décembre 2005, pour entendre les témoins.

Premier témoin :

« Je m'appelle Aimun Haidar. Je vis à Magongo. Je connais les parties dans cette affaire. Le répondant est mon beau-frère et la plaignante est ma soeur. Ils ont deux enfants, Hassan (5 ans) et Saida (3 ans). C'est moi qui suis intervenu dans leur différend conjugal. Je suis personnellement fatigué d'intervenir dans cette affaire. De plus, ils ne sont plus intéressés l'un par l'autre. Ils ont eu des incompréhensions de manière continuelle. J'ai fait de mon mieux pour les réconcilier, mais la situation est maintenant incontrôlable. Je prie pour que le tribunal accorde la dissolution. C'est tout ».

Contre-interrogatoire par le répondant :

« Lorsque vous avez commencé à vous disputer, ta mère est venue nous voir à Magongo, mais je n'ai pas pu lui parler lorsque je suis rentré. Elle (la plaignante) m'a dit qu'elle en a marre de toi. Cela fait maintenant quatre mois qu'elle et ses enfants vivent chez moi. Je ne touche aucune pension de ta part. Tu n'es pas en mesure de subvenir aux besoins de ta femme. C'est moi qui l'entretiens et qui paye les factures d'électricité. Tu travailles, mais c'est moi qui entretiens ta femme. Tu vis dans une maison de location, pour laquelle j'ai payé la caution et je paye l'électricité ».

Deuxième témoin :

« Je m'appelle Rukia Taimun. Je vis à Magongo. Je connais les parties dans cette affaire. La plaignante est ma fille et le répondant est mon beau-fils. Ils sont mari et femme. Les parties ont eu une querelle et une incompréhension. Il (le répondant) a apporté les vêtements de sa femme (la plaignante) et les jouets des enfants. Il (le défendant) les a juste jetés devant la véranda, sans en informer ma fille ou moi-même. Lorsque je suis rentrée à la maison, j'ai trouvé ces objets devant la véranda d'un autre locataire. Je les ai récupérés et je les ai mis à l'intérieur. Au moment de l'Aïd, il n'a pas apporté d'argent pour leurs vêtements et leurs chaussures. Il travaille, mais il ne leur achète aucun vêtement. Il a décidé d'épouser une autre femme. Il (le défendant) ne fournit aucun entretien. Il ne paye pas les frais de scolarité. Je dois m'occuper de tout cela moi-même ».

Contre-interrogatoire par le répondant :

« Je suis sûre que les enfants sont les tiens. Je ne lui ai pas dit de te mettre en prison. Tu l'insultes en la traitant de prostituée, c'est pourquoi tu as été placé en prison. Tu as prononcé des divorces par écrit plusieurs fois.

Le 8 février 2006, se tient l'audition du répondant :

« Je m'appelle Khalid Jaffer Mohamed. Je vis à Mvita. Je connais la plaignante. Elle est ma femme. Je ne connais pas la raison pour laquelle j'ai été convoqué au tribunal. Je veux que ma femme revienne. Je ne connais aucun obstacle à ce qu'elle revienne. Nous vivions harmonieusement avec mon épouse. Ma femme allait parfois vivre dans sa famille pendant des semaines sans ma permission. Elle s'est aussi rendue à Nairobi pendant des mois sans mon autorisation. Parfois, elle reste loin pendant un mois et je n'ai rien à redire. Même pour ce Ramadan, elle a fait le jeûne à Nairobi, sans ma permission. Elle fait son commerce sans mon autorisation. Je trouve que cela est contraire à la charia. Je suis conducteur de camion et lorsque je voyage, elle voyage également sans ma permission. Même lorsqu'elle va chez ses

parents, elle quitte la maison sans rien me demander, entre 9 heures du matin et 5 heures du soir. Je trouve seulement mes enfants, mais pas elle ».

Contre-interrogatoire par la plaignante :

« Tu fais du commerce avec des non-mahrim sans ma permission. Je t'avais donné 300 Shillings samedi. Je ne t'ai pas battue. Lorsque tu es allée à Nairobi, tu n'étais pas chez moi. Tu ne m'as pas demandé ma permission. Je t'ai dit d'arrêter de faire du commerce, mais tu as refusé ».

Le 14 juin 2006, les parties sont convoquées pour leurs dépositions finales. Le répondant n'a pas de témoins.

Le répondant :

« Ma femme et moi n'avons aucun problème. Ce sont ses parents qui lui donnent la permission de partir. Elle s'est fait poser un stérilet pour ne plus avoir d'enfant. Elle refuse que nous ayons des relations conjugales. À la maison, elle ne partageait pas ma chambre, jusqu'à ce qu'elle s'enfuie. Ce sont sa sœur et sa mère qui lui ont dit de mettre un stérilet. Lorsqu'elle est partie, elle est allée chez ses parents. Ensuite, elle est partie à Nairobi, puis à Dubaï pour des affaires. J'avoue tout cela et je veux que ma femme revienne, pour que nous puissions élever nos enfants ensemble ».

La plaignante :

« Depuis qu'il m'a épousée, je n'ai pas été heureuse. En premier, nous sommes restés à Majengo Kingorani. Il avait l'habitude de m'insulter et de me battre. Les voisins savent tout cela. Il m'a écrit plusieurs lettres de demande de divorce. J'en ai une copie. Une fois, il m'a expulsée de la maison alors que j'étais enceinte. Il avait l'habitude d'appeler notre voisin locataire, un certain Jacob, pour me chasser. J'ai des dettes auprès de divers magasins où j'achète des biens pour le quotidien. Il ne m'achète pas de buibui. J'ai même des dettes auprès de l'hôpital de la MEWA. C'est mon frère qui m'aide pour mes dépenses médicales. J'ai laissé mes meubles chez lui. Je paye les frais de scolarité pour ses enfants. Il ne me donne même pas 100 Shillings. Il m'a chassée. Cela fait maintenant un an et demi et il a refusé de me rendre mes biens personnels ».

Le jugement est rendu par le Kadhi le 6 juillet 2006.

This is plaintiff case a one Kauthar Haidar Naaman against the defendant a one Khalid Jaffer Mohamed for dissolution, custody and maintenance and personal effects. The defendant in his defense denied the plaintiff's claim and requested the court to give back his wife and children stating that he still loves her. The plaintiff brought her witnesses Aimun Haidar and Rukia Taimun while the defendant didn't bring any witness.

Upon hearing the parties and plaintiff's witnesses the issues to be determined by this court are:

- a) Should the parties' marriage be dissolved?
- b) In case of dissolution who is to have custody and who is to provide for maintenance?
- c) Is the plaintiff entitled to her personal effects?
- d) Who is to have the costs?

Referring to issue (a) on dissolution, the plaintiff is requesting for it while the defendant wants to have his wife back. From the evidence, the parties have lived separately for one and a half year as there has been no reconciliation. The plaintiff alleged that the defendant hasn't been providing maintenance to her and their children and that the defendant has been habitually beating her. That's when she left their matrimonial home. The witnesses who are

the plaintiff's mother and sister respectively, confirmed these plaintiff's claims. As it is the one and a half year living separately is a very long time and the defendant should have done his best for reconciliation if he really loves his wife as he claims. From the evidence, the parties' marriage lacks love, understanding and peace of mind. This is contrary to the Muslim law directions pertaining to the Muslim spouses. From the evidence herein the parties lack all these important ingredients of a Muslim working marriage. In such circumstances, the court has no other choice but to grant dissolution to the answerable marriage as it has outlived its usefulness.

Referring to issue (b) on custody as the marriage has been dissolved, as the children are infants, their interest would be best catered for by their mother (plaintiff) herein. When custody is granted to the plaintiff, the defendant is requested to provide their full maintenance, which entails food, clothing, shelter, medical care and education. In accordance to Muslim law, one's children maintenance is obligation to their legal father. I infer this from the Islamic law Reference Book entitled « *Mugitini Ibn Qudama* », Vol. II, pp. 312-3.

Referring to issue (c) on personal effects of the plaintiff, the defendant has to give them back to her. It is unlawful to take anyone's property.

Referring to issue (d) on costs, we would rather have reconciliation order that each party to bear their own costs.

This court orders the following:

- (a) The parties' marriage is hereby dissolved with effect from the 6th of July 2006 on grounds of incompatibility. Divorce certificate to be issued on official payment.
- (b) Custody of Halima Khalid and Said Khalid is granted to the plaintiff and the defendant to provide their full maintenance as elaborated in the judgment herein.
- (c) The defendant to have access to the children.
- (d) The defendant to return the plaintiff personal effects.
- (e) The parties to bear their own costs.

Right of appeal of 30 days.

Read in court before the parties.

22. Civil Case 177/2005

Hafidh Abdalla Mohamed (plaignant) vs Pili Manundu Mazinga (répondante)

Objet : Question matrimoniale.

Affaire ouverte le 9 août 2005 et jugée le 27 juillet 2006.

Ce couple s'est marié en 1990 et a divorcé le 29 janvier 2005, à la demande de l'épouse. Ils ont deux enfants. Dans sa plainte, l'ex-époux affirme avoir terminé le paiement de l'Edda à son ex-épouse le 29 avril 2005. Mais celle-ci aurait refusé la dot et l'Edda, qu'il lui avait payé le 22 juin 2005. Il écrit que son ex-épouse a refusé de quitter le domicile conjugal après sa période d'Edda. Il affirme avoir essayé de résoudre ce problème avec elle de façon pacifique, mais que tous ses efforts ont été vains en raison de l'obstination de la femme. Il demande au tribunal :

- 1. D'ordonner à son ex-épouse de quitter le domicile conjugal, parce qu'elle n'est plus son épouse ;*
- 2. D'ordonner à la répondante de payer un loyer de 5,000 Shillings par mois à compter de l'expiration de sa période d'Edda, c'est-à-dire à compter de mars 2005 ;*
- 3. Toute autre assistance que le tribunal juge appropriée.*

Le 31 août 2005, la répondante n'a pas fourni sa défense dans les temps requis par la loi et le plaignant demande à ce que l'affaire soit jugée de façon interlocutoire, ce qui est accepté par le Kadhi. Toutefois, la répondante établit sa défense en septembre 2005.

Pour sa défense (courrier daté du 18 septembre 2005), cette dernière nie que le plaignant ait payé sa dot et lui ait versé l'argent pour ses dépenses courantes lors de ses trois mois d'Edda. Elle nie l'ensemble des allégations présentées par son ex-mari.

Une audition a lieu devant le Kadhi le 30 novembre 2005, en présence des deux parties.

La répondante :

« J'ai été conseillée par mes avocats afin de demander au tribunal de reconsidérer son arrêt sur le jugement interlocutoire, pour que je puisse me défendre. Je prie pour que l'affaire soit ajournée, afin que je puisse faire cela. C'est tout ».

Plaignant :

« Je ne vois pas pourquoi elle devrait avoir plus de temps, alors qu'elle en a déjà eu assez. Je souhaite que l'affaire soit entendue et que le jugement selon lequel elle doit quitter ma maison soit respecté ».

Arrêt :

« Upon hearing the plaintiff and the defendant herein there is a procedure to be adhered to for review of any order given. Accordingly as the defendant seems not to understand she will need to get legal advice from any advocate for the same. Accordingly the judgment will be on the 15th of December 2005 by which time the defendant should have done whatever is legally necessary failing which the formal proof shall proceed. It is so ordered ».

Une nouvelle audition se déroule le 15 décembre 2005, en présence des deux parties.

Déposition du plaignant (en swahili) :

« Je m'appelle Hafidh Abdalla Mohamed. Je vis à Bamburi. Je connais la répondante. Elle était mon épouse. J'ai divorcé le 29 janvier 2005. Nous vivions ensemble depuis 1978. Elle a terminé sa période d'Edda. Je lui ai donné sa compensation pour l'Edda mais elle a refusé. Elle a également refusé de quitter ma maison. Elle n'est plus ma femme. Nous n'avons pas d'enfant légitime, mais nous avons deux enfants nés hors mariage, Rabii and Nafisa. Lorsque je l'ai épousée le 28 janvier 1990, les deux enfants en question étaient déjà nés. Au cours de cette *Nikah*, après 1990, nous n'avons jamais eu d'enfant. Lorsque nous nous sommes rencontrés, elle m'a dit qu'elle avait une petite fille de deux ans. J'ai pris soin de la fille en question et de son éducation jusqu'à ce qu'elle atteigne la « *Form 3* » à la *Changamwe Secondary School*. Un jour, cette fille s'est querellée avec sa mère (la répondante). Je suis intervenu et elle m'a mordu à l'oreille droite. J'ai été emmené à l'hôpital pour des points de suture et des médicaments. Sa mère (la répondante) m'a demandé de chasser sa fille, mais j'ai refusé et je lui ai dit qu'elle était toujours notre fille. Mais j'ai arrêté de payer ses frais de scolarité. Elle aussi devrait quitter ma maison. Elle (la répondante) devrait me payer un loyer mensuel de 5,000 Shillings à partir du mois de mai 2005, lorsque sa période d'Edda a pris fin et jusqu'à ce que ce litige soit jugé. Elle devrait payer tous les coûts de cette affaire ».

Contre-interrogatoire par la répondante :

« Nous étions amis en 1978. Je veux que tu me rembourses mes dépenses pour l'éducation de ta fille, étant donné qu'elle m'a mordu à l'oreille droite. Je veux que tu payes mes dépenses d'un montant de 30,000 Shillings. Tu m'as forcé à divorcer. Tu voulais me blesser avec un morceau de métal ».

Le 12 janvier 2006, se déroule l'audition de la répondante, en présence des deux parties (en swahili) :

« Je m'appelle Pili Mwanangu. Je vis à Bamburi. Je connais le plaignant. Il est mon ex-époux. Il m'a répudiée le 29 septembre 2005. Il veut que je paye un loyer et les dépenses d'éducation et de scolarité de ma fille, une dénommée Riziki. Je ne peux pas payer le loyer parce qu'il ne m'a pas versé la compensation pour ma période d'*Edda* et ma dot. J'ai vécu avec lui depuis 1978 et nous avons pu construire quatre maisons. Pourquoi est-ce que je n'ai aucun droit ? S'il savait qu'il était en tort en donnant naissance hors mariage, pourquoi alors l'a-t-il fait avec moi ? Si les enfants sont nés hors mariage, pourquoi a-t-il donné son consentement à leur mariage ? Comment peut-il dire que les enfants n'ont aucun droit lorsqu'ils sont de son sang et qu'il a donné son consentement à leur mariage ? ».

Contre-interrogatoire par le plaignant :

« Tu voulais me payer la dot de 3,000 Shillings devant le Kadhi, mais j'ai refusé. Il n'y a pas de meuble qui coûte 3,000 Shillings. J'ai signé pour des meubles et pas pour 3,000 Shillings. Je ne sais pas lire. J'ai dit au cheikh que ma dot se composait de meubles. Tu m'as laissé un lit cassé et tu as pris tous les meubles en bon état. Tu peux venir reprendre ton lit et ta vitrine, mais je prendrai l'armoire. C'est toi qui m'a forcée à divorcer. Je veux que mes droits me soient payés ».

Le 17 mai 2005, le témoin de la répondante fait sa déposition :

« Je m'appelle Joseph Simba. Je vis à Likoni. Je connais les parties dans cette affaire. Les deux personnes étaient mariées. Elles avaient un différend. Nous avons essayé de les réconcilier à Kinongo. Elle (la répondante), qui est ma parente paternelle, est tombée malade. C'est moi qui lui ai porté assistance. Jusqu'à aujourd'hui je l'aide en tant que ma tante paternelle. C'est tout ».

Observations faites le 17 mai 2005 : Affaire intéressante dans la mesure où le témoin de la répondante n'est pas musulman mais chrétien. Ceci soulève d'ailleurs la colère du plaignant, dans la mesure où lui-même et son épouse sont musulmans.

Le 28 juin 2006, les parties présentent leurs requêtes finales.

La répondante prend la parole en premier :

« J'ai déjà expliqué ce qu'il en est de ma dot et des droits des enfants. Si les enfants n'ont pas de part d'héritage, il devrait le compenser. Il ne peut pas avoir connaissance de l'islam maintenant et l'avoir ignoré auparavant. Il reconnaît qu'il a donné son accord pour leur mariage bien qu'ils soient nés hors mariage. Même pour Riziki qui, il l'affirme, n'est pas sa fille, il a donné son consentement et le certificat de mariage est disponible (*la répondante montre le certificat*). Mon mariage avec lui a été très discriminant. Il a construit une maison pour sa première femme et pour sa troisième, mais pas pour moi. Comment est-ce qu'il peut maintenant me demander de quitter sa maison, alors qu'il ne m'en a pas construite une ? Ma santé se détériorait lorsque j'étais avec lui, depuis 1981 lorsque j'ai donné naissance à Rabii. Ma dot, je l'ai dit au Kadhi, consistait en des meubles. Il ne s'est pas informé de leur valeur. Il affirme qu'il ne m'a pas bien traitée parce que je prend de la *miraa*. Ce n'est pas vrai. Il voulait que je quitte sa maison à une heure du matin. Il a même pris ma robe. Il a tout pris, même le matelas. Il m'a épousée moi, pas mon oncle maternel. Je ne suis pas d'accord avec l'évaluation de 3,000 Shillings pour les meubles. Je n'ai pas signé cet accord, qui a été signé par mon oncle maternel. Il prétend que je devrais payer le loyer de la maison et les dépenses qu'il a faites pour Riziki. Si je dois le payer, alors il devrait me payer depuis 1978 d'après les lois sur le travail. C'est tout ».

Le plaignant fait ensuite sa déposition finale :

« Elle m'a forcé à divorcer. Elle m'a dit que si je ne la répudie pas, je vais voir. J'ai peur qu'elle n'amène d'autres hommes à la maison. Je l'ai appelée divorcée. Elle s'est mise d'accord avec son oncle maternel. Sa dot consiste en des meubles pour une valeur de 3,000 Shillings. Si ses meubles sont évalués à 3,000 Shillings, ceux qu'elle a dans la maison ont une valeur plus élevée. Elle a le lit, un placard et une vitrine. Le lit vaut plus que 3,000 Shillings, le placard coûte au moins 12,000 Shillings. Je lui ai donné les meubles devant le tribunal mais elle a refusé. C'était le 29 juillet 2005. Lorsque j'ai divorcé, je lui ai permis de rester trois mois pour sa période d'*Edda*. Nous avons convenu que je lui paierai 3,000 Shillings pendant trois mois, c'est-à-dire 9,000 Shillings. J'ai accepté de lui donner 10,000 Shillings en espèces au lieu de 9,000. Je lui paierai en échelonnements étant donné que je n'ai pas une telle somme. J'ai déjà obtenu 5,000 Shillings pour la payer. Je suis venu avec cette somme auprès du tribunal de Kadhi, avant de déposer cette plainte. J'ai été informé que comme je n'avais pas encore de dossier, la somme pouvait être déposée ici, mais qu'il était préférable que je réunisse des anciens et que je paye la somme directement à elle. J'ai apporté l'argent à son gardien, Ismail Mwindi, avec son oncle maternel. Elle a pris l'argent, mais j'ai parlé de 3,000 Shillings, étant donné que l'ensemble des meubles était incomplet. Je lui ai apporté les canapés plus tôt, mais elle les avait donnés à sa fille. J'ai accepté de lui payer 3,000 Shillings pour les meubles en question. Nous sommes tombés d'accord et j'ai signé avec son oncle maternel. Elle a refusé de signer parce qu'il y avait une clause selon laquelle, une fois que j'aurai terminé de payer, elle devrait quitter ma maison. Je l'ai achetée moi-même. Je vous montre la pièce à conviction 2. Étant donné qu'elle a refusé et qu'elle a demandé que je divorce, je prie ce tribunal de lui enjoindre de quitter ma maison. Comme elle a refusé de partir, je demande qu'elle paye un loyer pour le temps où elle est restée à un taux mensuel de 5,000 Shillings. Sur la question des enfants, elle n'a aucune reconnaissance. J'ai trouvé Riziki âgée de deux ans lorsque j'étais le concubins de sa mère. J'ai éduqué Riziki de la maternelle au secondaire à la *Changamwe Secondary School*. J'ai aussi pris en charge sa couverture médicale. J'ai adopté Riziki et elle utilisait mon nom, même sur sa carte d'identité. Je prie pour le remboursement des 30,000 Shillings. Rabii et Nafisa sont les enfants que j'ai eus avec elle hors mariage. Je n'ai pas renié les enfants, mais elle les a amenés devant le *Chief*. Je fournis la pièce à conviction 5. D'après le droit islamique, je sais que j'ai eu tort d'avoir les dits enfants hors mariage. Je laisse cela à l'appréciation de la charia. Une fois encore, je prie pour qu'elle quitte ma maison. C'est tout ».

Arrêt :

« Jugement le 27 juillet 2006 ».

Le jugement est rendu par le Kadhi le 27 juillet 2006, en présence des deux parties.

This is plaintiff case a one Hafidh Abdalla Mohamed against the defendant a one Pili Manundu Mazinga for eviction orders on expiry of *Edda*, payment of monthly rent arrears of Ksh. 5,000/- per month from the expiry date of *Edda* i.e. with effect from May 2005 and any other relief.

The defendant in her defense denied the plaintiff's allegations and requested for her dowry and three months of *Edda* maintenance. In the part 3 of her defense, the defendant stated she contributed towards the purchase of the said property and hence requires the property to be distributed equally.

The history of this case is that the defendant was served on the 9th of August but failed to enter appearance or file her defense within the time as stipulated in law.

Consequently the plaintiff requested for judgment in default, of which interlocutory judgment was entered and the matter set for forward proof on the 30th of November 2005.

On the 30th of November 2005 the defendant requested for time to make a review application to set aside this judgment, which this court granted.

However up to the hearing date on the 12th of January 2006 the defendant hadn't made the said review application.

Nevertheless the court indulged itself and allowed her to proceed with the hearing of this case by cross-examining the plaintiff.

Upon hearing the parties and the defendant's witness (Joseph Simba) the issues to be determined in this case are:

- (a) Should the defendant vacate the plaintiff's house?
- (b) Is the defendant entitled to dowry?
- (c) Is the defendant entitled to *Edda* maintenance?
- (d) Is the compensation issue as per labor laws as requested by defendant applicable here?
- (e) Is the compensation of Ksh. 30,000/- for Riziki daughter of the defendant to the plaintiff applicable here?
- (f) Who is to have costs?

Referring to issue (a) on the orders for vacations against the defendant, from the proceedings herein and the produced divorce certificate indicate that the parties divorced on the 29th of January 2005.

In accordance to Muslim law a divorced woman is required to stay in her divorcing husband's house for the *Edda* period.

In this case the *Edda* period of the defendant was three months, which expired at the end of April. The Holy Koran states : « O Prophet! When you divorce women, divorce them at their prescribed period and count (accurately) their prescribed periods. And fear Allah your hard, and turn them not out of their houses nor shall they (themselves) leave except in case they are guilty of open lechery » (Ref: *At-Talaq*, 65:1).

From the foregoing a divorced woman is only to stay in the divorcing husband's house for the *Edda* period where the divorcing husband is required to provide reasonable expenses for her upkeep. This is obligatory. The Holy Koran states: "Let the woman live (in *Edda*) in the same style as you live according to your means. Annoy them not, so as to restrict them..." (Ref: *At-Talaq*, 65:6).

Accordingly the *Edda* period of the parties herein elapsed at the end of April 2005 of which the defendant was required to vacate the plaintiff's house by the first week of May, 2005.

We therefore now order the defendant to vacate the plaintiff's house with immediate effect as she has surpassed her legally period of stay since the end of April, 2005.

The issue of rent arrears payment of Ksh. 5,000/- monthly shouldn't be effected on the principles of *Ishan* (doing good) to one another in particular the intimacy the parties had as spouses.

Referring to issue (b) on dowry, the parties' marriage certificate indicates it to be furniture and it also indicates Ksh. 3,000/-. The plaintiff wants to pay Ksh. 3,000/- stating it's the agreed value of furniture, while the defendant refutes this value and wants to have furniture. In accordance to Muslim law, dowry is an undisputable right of a woman on marriage. The plaintiff ought to have given the defendant's dowry long ago, so as to avoid the present situation. The Holy Koran states: « And give women (on marriage) their dowry as an obligation » (Ref: *An-Nisa*, 4:4).

In this case the defendant has a right of her furniture dowry in terms of the items or its equivalent. However, as the defendant wants to be given furniture items, the plaintiff has to do so and we order the same.

Referring to issue (c) on *Edda* maintenance, the plaintiff is entitled to it as explains herein the judgment above and by the instructions of the Koranic verse *Surah Twalaq* 65:6. As the defendant was staying in the plaintiff's house since then to date, then she should now get three months *Edda* maintenance at a monthly rate of Ksh. 3,000/-.

Referring to issue (d) on compensation to the defendant as per labor laws as requested by her it isn't applicable in this marital matter. Hence dismissed.

Referring to issue (e) on compensation of Ksh. 30,000/- to the plaintiff for bringing up Riziki daughter of the defendant, there is no evidence of such agreement. This was done at a time the parties had good understanding and there was no such agreement of refunding and/or compensating the plaintiff for the same.

Referring to issue (f) each party to bear their own costs.

These are the orders of this court. Right of appeal of 30 days.

Signed: Twalib B. Mohamed, 01/08/06.

Read in court before the parties.

23. Civil Suit 219/2005

Wadia Salmin Karama (plaignante) vs Faiz Mbarak Salmin (répondant)

Objet : Question matrimoniale.

Affaire ouverte le 27 septembre 2005 et terminée le 18 mai 2006, après réconciliation des parties. Affaire sans avocat.

Ce couple s'est marié devant le Kadhi en 2002. La plaignante affirme ne pas avoir de problème avec le répondant, mais avec la famille de celui-ci. Elle prétend que la famille de son mari la maltraite et la hait. Les parties vivaient ensemble depuis leur mariage, mais le mari a dû se rendre en Arabie Saoudite, pour des raisons professionnelles. Depuis, la plaignante vit chez ses parents. Son mari lui aurait promis de payer toutes ses dépenses quotidiennes, mais jusqu'à présent, elle n'a rien reçu. Après un an passé en Arabie Saoudite, son mari est rentré, mais il est allé vivre avec sa propre famille et la plaignante affirme qu'il n'a jamais cherché à la revoir. La plaignante demande au tribunal de contraindre le répondant à payer son entretien pour une période de deux ans et demi (25 mois)

Le répondant établit sa défense dans un courrier daté du 15 novembre 2005. Il affirme que l'affaire est dépourvue de fondement raisonnable. Il nie avoir autorisé la plaignante à aller vivre chez ses parents et avoir négligé ses responsabilités et ses devoirs en matière d'entretien envers la plaignante. Il affirme que c'est la plaignante elle-même qui a quitté le domicile conjugal, sans raison valable ou provoquée par le répondant ou la famille de celui-ci.

Une audition se tient le 5 janvier 2006, en présence des deux parties.

Déposition de la plaignante :

« Je m'appelle Wadia Salim Karama. Je vis à Huraya. Je connais le répondant. Il est mon époux. Nous nous sommes mariés en 2002, selon le droit islamique. Ma dot s'élevait à 10,000 Shillings, qu'il a payés. Nous n'avons pas d'enfant. Mon mari travaillait en Arabie Saoudite. Nous avons décidé de rester dans la maison de sa famille. Je ne m'opposais pas à cela mais sa famille et moi ne nous entendons pas. Je ne supporte pas les problèmes de sa famille et je m'en suis plainte auprès de lui. Il m'a dit de persévérer, ce que j'ai fait. Il m'a dit que si le problème persiste, je devrais retourner auprès de ma famille. Lorsque le problème est devenu trop lourd à supporter, je suis allée dans ma famille. Je l'en ai informé. Il a téléphoné et il m'a dit qu'il allaait venir bientôt. Il ne m'envoyait pas d'argent pour l'entretien. Il m'a expliqué

ses problèmes, que j'ai acceptés. Lorsqu'il est venu, il m'a téléphoné pour me dire qu'il était déjà chez lui. Il m'a dit que comme j'avais des problèmes avec sa famille, je devrais lui laisser une semaine pour qu'il règle la situation. Depuis ce jour, il ne s'est jamais inquiété de moi et ne m'a jamais appelée. En ce moment, je ne sais pas si je suis mariée ou quel est mon statut. Il est à Mombasa pour cinq mois. Maintenant, je veux mes effets personnels, qui sont chez lui. Je lui laisse le choix de prendre une décision sur ma situation matrimoniale ».

Contre-interrogatoire par le répondant :

« Depuis que tu es rentré d'Arabie Saoudite il y a cinq mois, tu ne m'as jamais vue. Tu ne m'a pas appelée pour me dire que tu venais. Tu m'as demandé une semaine pour trouver une solution. Tu n'es pas venu parler à mon père. Une fois, je t'ai demandé de me donner de l'argent. Tu m'as téléphoné pour me dire que tu as des problèmes, mais tu ne m'as pas dit que tu avais été en prison pendant un an et demi en Arabie Saoudite. Tu m'as dit d'attendre une semaine, mais je t'ai donné un mois et tu n'as pas répondu. Ta famille ne voulait pas que l'on se réconcilie ».

Le 7 mars 2006, en l'absence du répondant, un témoin de la plaignante fait sa déposition (en swahili) :

« Je m'appelle Afya Abdul. Je vis à Majengo Huraya. Je connais les parties dans cette affaire. Ils vivaient ensemble en harmonie. Après un an et demi, il a voyagé à l'étranger. Il (le répondant) ne lui fournissait aucune assistance financière. Elle (la plaignante) ne disait rien à sa famille, mais m'en a informé. Son mari (le répondant) lui a dit qu'à son retour il lui paierait tout. Il y avait un malentendu entre elle et la famille de son mari. Son mari lui a dit de retourner chez ses parents à elle jusqu'à ce qu'il revienne. L'homme (le défendeur) n'est pas revenu la chercher, même après une semaine. C'est à ce moment qu'elle (la plaignante) a décidé de déposer plainte pour faire valoir ses droits ».

Le 18 mai 2006, les deux parties sont de nouveau présentes devant le Kadhi. Après discussions, elles sont parvenues à se réconcilier et l'affaire est donc close.

Répondant :

« J'ai discuté avec ma femme et nous avons décidé de nous réconcilier. J'habite désormais à, où j'ai ouvert ma propre affaire. Nous allons y vivre ensemble. Nous avons convenu que je reviendrai parler à ses parents samedi et qu'ensuite je l'emmènerai avec moi ».

Plaignante :

« C'est ce que nous avons décidé ».

Arrêt :

« Agreed as per parties, on consent ».

L'accord de réconciliation est signé par les deux parties et par le Kadhi, devant celui-ci.

24. Civil Suit 221/2005

Swabra Omar Mohamed (plaignante) vs Ali Mohamed Awadh (répondant)

Objet : Dissolution du mariage.

Affaire ouverte le 30 septembre 2005 et terminée le 19 janvier 2006, par un accord entre les parties (le mari accepte de divorcer). Affaire sans avocat.

Ce couple s'est marié en 1997 à Mombasa. Ils ont un enfant de six ans (Shufaa Ali). La femme est mère au foyer et son mari est chauffeur. Le couple vit séparé : la femme vit à Kongowea (Mombasa) et le mari à Kaloleni (Mombasa). La demande de dissolution du mariage résulte d'une incompréhension entre les deux parties.

Dans sa plainte, l'épouse explique que sa vie est rendue très inconfortable par le fait de vivre sous le même toit que son époux et en raison de fréquentes disputes avec la famille de son mari. Le mari ne prend aucune initiative pour résoudre le problème et a une attitude arrogante envers sa partenaire, à laquelle il inflige de mauvais traitements (rentre parfois au domicile conjugal très tard dans la nuit). Cette dernière se sent délaissée et pour l'ensemble de ces raisons, elle a quitté le domicile conjugal avec son enfant pour vivre désormais chez ses parents. Depuis, son époux n'a jamais tenté d'améliorer la situation et ne fournit aucune aide à sa femme et à son enfant. Dans sa plainte, l'épouse demande la dissolution de son mariage et la garde de son enfant. Elle demande également que son époux entretienne financièrement leur enfant et qu'il paye les coûts de l'affaire.

En réponse, l'époux affirme qu'il aide sa femme et son enfant. Il affirme également que sa femme a brutalisé l'épouse de son frère et a refusé de s'en excuser, ce pourquoi il souhaite divorcer (Talak).

Pour sa défense, il explique :

« Il n'y avait aucun problème entre la plaignante et moi et j'avais l'habitude de l'entretenir elle et ma fille. Tout allait bien, jusqu'au jour où j'ai reçu la lettre du tribunal de Kadhi. Nous avions l'habitude de nous rencontrer dehors, pour essayer de corriger ses erreurs, je veux dire les erreurs de la plaignante. Un jour, elle a suivi la femme de mon frère jusque dans sa chambre et l'a battue. Après cela, je lui ai demandé de s'excuser auprès de la femme de mon frère 'siwezi muangukia', ce qui veut dire 'je ne peux pas m'incliner devant elle'. La seule solution de mon côté est de divorcer par Talak ».

Le 19 janvier 2006, devant le Kadhi, les parties affirment avoir trouvé un point d'accord.

Le mari :

« Nous avons trouvé un accord par consensus, ainsi qu'il suit :

- 1) Moi, Ali Mohamed, le répondant, ai divorcé de Swabra Omar, la plaignante depuis le 4 décembre 2005 et elle obtiendra le certificat de divorce;*
- 2) Nous avons réglé la question de l'Edda ;*
- 3) La garde de Shufaa Ali Mohamed, notre fille, sera confié à sa mère et je lui fournirai une pension alimentaire ».*

Réponse de la plaignante :

« Ceci est l'accord. C'est tout ».

Arrêt du tribunal :

« J'accepte ce qu'ont décidé les parties par consentement ».

Mais le 27 janvier 2006, la plaignante affirme que son ex-époux ne s'est pas déplacé pour signer le contrat de divorce.

25. Civil Suit 20/2006

Samira Mohamed Ramzan (plaignante) vs Rafik Yusuf Ayub (répondant)

Objet : Dissolution du mariage.

Affaire ouverte le 19 janvier 2005 et jugée le 16 mai 2006.

Cette affaire concerne un couple marié selon le droit musulman en 2001. La femme est enceinte.

Dans sa plainte, cette dernière affirme qu'il existe des mésententes au sein de leur couple depuis la première semaine de leur mariage. Elle dit que son époux ne la respecte pas, la bat et la chasse régulièrement du domicile conjugal. Depuis environ deux ans, le répondant a également abandonné son épouse et leur fils. De plus il ne leur envoie pas d'argent et ne s'occupe pas de son fils, que se soit matériellement (nourriture, vêtements) ou financièrement (frais médicaux). Le répondant refuse de travailler, consomme de la drogue et a été récemment emprisonné pour vol. La plaignante demande donc la dissolution de leur mariage, la garde des enfants, l'entretien des enfants par le répondant et le paiement des coûts de l'affaire par le répondant.

Une audition est fixée pour le 24 février 2006, mais le répondant ne s'est pas présenté. Aussi, la plaignante demande un jugement interlocutoire. L'audition de la plaignante est fixée pour le 16 mai 2006. Elle se déroule effectivement à cette date, en présence de la plaignante, accompagnée de deux témoins. Elle prend la parole :

« Nous avons informé le répondant par le biais de sa sœur et nous sommes allées trois fois pour lui remettre la convocation, mais nous n'avons pas pu le trouver. Sa sœur a accepté les documents. C'est tout ».

La plaignante est ensuite interrogée par le Kadhi :

« Je m'appelle Samira Mohamed Ramzan. Je vis à Nairobi, dans Kirinyaga Road. Je connais le répondant. Il est mon époux. Nous nous sommes mariés le 25 décembre 2001. L'union a été consacrée par un Maalim. Il a établi un certificat de mariage, qui s'est révélé être un faux. Nous l'avons montré à différents Maalims et ils nous ont dit que c'était un faux certificat. Il a été fait à Mombasa. Nous avons un fils de ce mariage. Son nom est Salman Rafik et il a trois ans et trois mois. Il aura quatre ans en septembre 2006. Cela fait maintenant trois ans que l'homme nous a quittés. Il ne nous fournit aucune assistance financière. Il est aussi toxicomane. Il a commencé à prendre du *Brown Sugar* (héroïne) et il s'injecte. Je prie pour la dissolution de notre mariage et pour la garde de notre enfant. Il avait l'habitude de me battre lorsque nous vivions ensemble à Nairobi. Il le faisait quand je lui demandais de ne pas se droguer. Il m'a même dit de quitter sa maison parce que c'était lui qui l'avait payée. Il travaillait, mais plus tard il a été renvoyé en raison de sa toxicomanie. Je ne peux plus vivre avec lui. Lorsque le mariage a été conclu, mon père n'était pas présent. Nous sommes juste allés de nous même voir le *Maalim*. La *Nikah* a été célébrée et un certificat nous a été remis (la plaignante montre le certificat en question). Le certificat ne nous a pas été remis au moment exact du mariage, parce que cette personne nous a dit qu'il n'en avait pas. Ce n'est que plus tard qu'il (le répondant) a apporté le certificat et je l'ai signé. Lorsque l'on nous a dit que c'était un faux certificat, nous sommes allés voir Sheikh Said bin Fundi, dont le nom apparaît. Le Sheikh a dit que ce n'était pas lui qui avait prononcé ce mariage, mais que son nom avait été utilisé. C'est tout ».

Un premier témoin est entendu (en anglais):

« Je m'appelle Feruz Afzal Khan. Je vis à Majengo Sidiria. Je connais la plaignante. Elle est ma cousine. Je ne connais pas le répondant. L'information que je possède est que lorsqu'elle (la plaignante) a atteint ses 18 ans, elle s'est enfuie de Nairobi avec l'homme. Ils sont venus vivre à Mombasa. Nous n'avons pas été informés de ce mariage. On nous a seulement montré le certificat de mariage. Lorsque les problèmes ont commencé, elle est allée voir Sheikh Said

bin Fundi pour lui demander le certificat original. Il nous a dit qu'il n'avait pas prononcé cette union ou rédigé ce certificat. Elle (la plaignante) nous a aussi dit que le répondant est devenu toxicomane ».

Un second témoin est entendu (en swahili) :

« Je m'appelle Said bin Fundi. Je vis à Mishoromoni. Je ne connais pas les parties dans cette affaire. Un jour, la femme (la plaignante) est venue me voir et m'a dit que mon nom figurait sur son certificat de mariage. Mais ce n'est pas moi qui a conclu ce mariage. Je n'ai pas délivré le certificat en question. Et même lorsque la jeune fille est venue me voir, elle ne m'a pas reconnu comme celui qui avait consacré leur mariage ».

Le même jour, le Kadhi rend son jugement :

This is plaintiff case a one Samira Mohamed Ramzan against the defendant, a one Rafik Yusuf Ayub, for dissolution of marriage and custody with maintenance. The defendant was duly served but failed to file his memorandum of appearance and defence within the period as stipulated in law. The plaintiff requested for judgment of which interlocutory judgment was entered on the 24th of February 2006 and the matter set for formal proof. The defendant was served with a hearing notice but failed to attend and the matter proceeded.

Upon hearing the plaintiff and her two witnesses, Feruz Afzal Khan and Sheikh Said Fundi, the *Nikah* wasn't properly done. The piece of exhibit 1, the alleged marriage certificate is a nullity as it is a forgery having no authenticity.

Accordingly this is *Nikah Shub'he*. It didn't have a consent of the plaintiff's father as required in the Muslim Law. The Holy Koran states: "... wed them with the leave (permission) of their guardians" (Ref.: *An-Nisa*, 4:25). The Holy Prophet stated: "There is no marriage vow without the guardian" (Ref.: Prophetic Traditions).

We accordingly nullify this marriage and the plaintiff to get her divorce certificate on making official payment.

The custody of Salman Rafik is granted to the plaintiff and the defendant is to provide full maintenance.

These are the orders of this court.

Read in court before the plaintiff and in the absence of the defendant.

Observations faites lors de l'audition de la plaignante, le 16 mai 2006.

Le Kadhi lui explique plusieurs fois qu'elle a fauté, dans la mesure où l'islam n'accepte pas les mariages d'amour. Elle aurait dû avoir l'accord de son père pour le mariage en question. Il lui explique également que c'est un crime d'être marié sans posséder de certificat de mariage, passible de six mois d'emprisonnement ou d'une amende de 3,000 Shillings.

26. Succession Cause 90/2006

Habiba Khamis Mohammed (petitioner)

Objet : Héritage.

Affaire ouverte le 31 mai 2006. Affaire sans répondant. Jugement rendu le 6 juillet 2006.

Concerne l'héritage des biens de Hindu Amani Ali, décédée en mai 2003. Habiba, la pétitionnaire, est le seul enfant de la défunte. Dans sa requête, elle demande la détermination des héritiers légaux de la défunte et les différentes parts à distribuer dans le respect du droit islamique en matière de succession.

Une audition se tient le 6 juillet 2006, en présence de la pétitionnaire et de quatre témoins. La pétitionnaire s'exprime en premier :

« Je m'appelle Habiba Khamis Mohamed. Je vis à Majengo Musa. La défunte est Hindu Amani Ali. Elle était ma mère. Ses parents sont morts avant elle. Elle n'avait pas de mari. Elle n'avait que moi comme seul enfant. Elle a laissé ses frères et sœurs : Ali Amani Ali (frère), Suda Amani Ali (sœur), Abdulkadir Amani Ali (frère), Abdalla Amani Ali (frère), Mahmoud Amani Ali (frère), Mohamed Amani Ali (frère), Halwa Amani Ali (sœur), Muhuddin Amani Ali (frère) and Biasra Amani Ali (sœur). La défunte a laissé son argent auprès de la *Kenya Commercial Bank*, KCB et dans des actions de la *Kenya Airways*. Mes oncles et mes tantes maternels sont disposés à me donner leurs parts. Je suis venue avec certains d'entre eux. La question est auprès du *Public Trustee*. C'est tout ».

Un premier témoin est entendu pour sa déposition :

« Je m'appelle Ali Amani Ali. Je vis dans le quartier de Buston. Je connais la pétitionnaire. Elle est la fille de ma défunte sœur, Hindu Amani Ali. Lorsqu'elle est morte, ses parents étaient déjà décédés. Elle n'avait pas de mari parce qu'ils avaient divorcé il y a longtemps. Elle a laissé seulement une fille, du nom de Habiba Khamis Mohammed Ali. Elle a aussi laissé les frères et sœurs suivants : Ali, Suda, Abdulkadir, Mahmoud, Mohammed, Abdalla, Halwa, Muhuddin et Biasra. Elle travaillait comme infirmière dans un hôpital public. Elle a laissé de l'argent sur son compte bancaire ».

Le second témoin prend la parole :

« Je m'appelle Mahmoud Amani Ali. Je vis à Majengo Kingorani. Je connais la pétitionnaire. Elle est la fille de ma défunte sœur, Hindu Amani Ali. Ses parents étaient morts avant elle. Elle n'avait pas de mari parce qu'ils avaient divorcé il y a longtemps, alors qu'elle était enceinte de la pétitionnaire. Elle n'a laissé qu'une fille, Habiba Khamis Mohammed Ali. Elle a aussi laissé des frères et sœurs : Ali, Suda, Abdulkadir, Mahmoud, Mohammed, Abdalla, Halwa, Muhuddin et Biasra. La défunte a laissé son argent à la banque. Je laisse ma part à la pétitionnaire ».

Ensuite, le troisième témoin s'exprime :

« Je m'appelle Suda Amani Ali. Je vis à Majengo Musa. Je connais la pétitionnaire. Elle est la fille de ma défunte sœur, Hindu Amani Ali. Ses parents sont morts avant elle. Elle était divorcée de son mari. Elle n'a laissé qu'un enfant, Habiba Khamis Mohammed (une fille). Elle avait six frères et trois sœurs. Elle a laissé son argent sur un compte bancaire ».

Enfin, le quatrième témoin fait sa déposition :

« Je m'appelle Halima Amani Ali. Je vis à Majengo Musa. Je connais la pétitionnaire. Elle est la fille de ma défunte sœur, Hindu Amani Ali. Ses parents étaient morts avant elle. Elle n'avait pas d'époux, parce qu'ils avaient divorcé il y a longtemps. Elle a laissé seulement sa fille, Habiba Khamis, ainsi que ses frères et sœurs, Ali, Suda, Abdulkadir, Mahmoud, Mohammed, Abdalla, Halwa, Muhuddin et Biasra. Elle a laissé ses biens chez elle. Nous souhaitons que l'argent de la défunte soit donné à sa fille ».

Le Kadhi rend un arrêt le même jour :

This succession matter is filed by Habiba Khamis Mohamed the petitioner herein for the estate of Hindu Amani Ali (deceased).

Upon hearing the petitioner and her witness P.W.1 (Ali Amani Ali), P.W.2 (Mahmoud Amani Ali), P.W.3 (Suda Amani Ali) and P.W.4 (Halima Amani Ali), the deceased legal heirs are:

- 1- Habiba Khamis Mohamed (daughter) gets ½ of the estate

- 2- Ali Amani Ali (full brother) gets 2/15 of the residue
- 3- Abdulkadir Amani Ali (full brother) gets 2/15 of the residue
- 4- Abdalla Amani Ali (full brother) gets 2/15 of the residue
- 5- Mahmoud Amani Ali (full brother) gets 2/15 of the residue
- 6- Muhiddin Amani Ali (full brother) gets 2/15 of the residue
- 7- Suda Amani Ali (full sister) gets 1/15 of the residue
- 8- Halima Amani Ali (full sister) gets 1/15 of the residue
- 9- Biasha Amani Ali (full sister) gets 1/15 of the residue

The matter is with Bushi Trustee IG, be to them accordingly.
Read in court before the petitioner.

27. Civil Suit 115/2006 (auprès du Chief Kadhi)

Khayrun Mohamed (plaignante) vs Ahmed Abdurahman (répondant)

Objet : Divorce, entretien, dot.

Affaire ouverte le 2 mai 2006 et terminée le 10 août 2006 par un non-lieu.

Couple marié le 24 décembre 2005 selon le droit islamique et sans enfant.

Le 10 avril 2006, le mari a répudié sa femme par le procédé de Talak, annulant de fait leur union.

Depuis, la plaignante affirme que son ex-époux l'a négligée et a refusé de lui payer sa dot de 30,000 Shillings, l'entretien pour sa période d'Edda et son entretien passé. C'est pourquoi, elle demande le divorce et le paiement des éléments mentionnés.

Pour sa défense (établie par un avocat), le répondant explique qu'il est un réfugié originaire d'Éthiopie. Il est marié à une autre femme, avec laquelle il a des enfants et qui vit à Malindi. Il prétend que la plaignante vit également à Malindi et qu'elle a déposé sa plainte auprès du tribunal de Mombasa uniquement dans le but de lui engendrer des dépenses supplémentaires. Il nie devoir de l'argent à la plaignante, que ce soit pour le paiement de sa dot ou de sa période d'Edda. Il affirme que pendant leur mariage, son ex-épouse est devenue impolie et désobéissante, au point qu'elle se rendait par exemple de Malindi à Mombasa pour des durées allant jusqu'à cinq jours sans le consentement ou la permission du répondant, laissant ce dernier seul au domicile conjugal. Il affirme encore avoir versé 5,000 Shillings à la plaignante au moment de leur mariage et lui avoir acheté un lit d'une valeur de 10,000 Shillings, le tout constituant sa dot et que, par ailleurs aucune autre dot n'avait été prévue. D'après lui, la plaignante n'a pas à être indemnisée au titre de sa période d'Edda ni à une pension alimentaire, dans la mesure où elle s'est montrée totalement rebelle à l'encontre de son mari. Enfin, il rappelle avoir déjà prononcé un divorce contre son épouse le 10 avril 2006. Le répondant explique que lui et la plaignante vivent à Malindi et que, par conséquent, le dépôt de la plainte à Mombasa et non pas à Malindi est la manifestation de mauvaises intentions. Il demande donc que l'affaire soit transférée de Mombasa à Malindi et qu'elle fasse l'objet d'un non-lieu auprès du Kadhi de Malindi, avec le paiement des coûts de l'affaire par la plaignante.

Le 8 mai 2006, une audition se tient en présence de la plaignante uniquement, qui a demandé à être écoutée en urgence, au motif que, d'après elle, le répondant pourrait quitter le pays à tout moment. La plaignante explique ses craintes :

« Le répondant m'a quittée et a divorcé sans me payer ma dot. En plus de cela, il a une dette qu'il doit payer. Comme il est éthiopien, le répondant pourrait décider de voyager et de quitter le Kenya. C'est pourquoi je demande au tribunal de me porter assistance, afin que je puisse

recupérer mon argent. Le répondant devrait aussi être arrêté et sermonné pour qu'il paye les dépenses en question ».

Un arrêt est rendu par le Chief Kadhi :

Upon reading the application under certificate of urgency it is hereby ordered as follows:

- 1- That the application is certified as urgent;
- 2- That the Malindi OCPD is ordered to obtain the defendant's passport, which should be deposited there. It would be returned pending further orders from this court;
- 3- That if the defendant's passport is not available, then he should be arrested and produced in court on the 15th of May 2006;
- 4- That the defendant be served with the papers of this ... in Malindi.

This is so ordered and the matter be heard inter parties on the 16th of May 2006 at 9.50am.

L'audition se tient donc le 16 mai 2006, en présence des deux parties. Le répondant prend la parole en premier :

« Ma demande est que la plainte soit déposée à Malindi étant donné que je vis à Malindi et que le mariage a été conclu à Malindi. Nous vivions comme mari et femme à Malindi. Le divorce a été prononcé à Malindi ».

La plaignante prend ensuite la parole :

« Maintenant, je vis à Mombasa, où j'ai un emploi ».

Le Chief Kadhi rend un arrêt :

« Le répondant devra demander que l'affaire soit transférée à Malindi pour qu'une autre plainte soit déposée à Malindi. La question fera l'objet d'une audition le 6 juin 2006 ».

Une nouvelle audition a donc lieu le 6 juin 2006, en présence des deux parties. De nouveau, le répondant s'exprime en premier :

« Avant que nous continuions avec cette affaire, nous devons déterminer si ce tribunal est habilité. La plaignante a menti en disant qu'elle réside à Mombasa. La plaignante vit à Malindi et nous avons une maison à Malindi. Nous avons voyagé de Malindi à Mombasa pour la cérémonie de mariage, puis nous sommes retournés à Malindi. Sa maison n'est pas à Mombasa. Elle vit avec sa mère à Malindi. J'ai des témoins pour prouver que la plaignante vient de Malindi ».

Un témoin fait alors sa déposition :

« Je m'appelle Said Ali. Je vis à Shella, Malindi. Je suis un ancien à Shella. Je ne connais pas très bien la plaignante. La plaignante vit à Malindi. Sa mère vit à Malindi. Lorsque j'ai appris qu'il y avait un problème, je suis allé la voir et je l'ai trouvée chez sa mère. C'était après qu'elle a déposé cette plainte. Ce n'est pas vrai que la plaignante vit à Mombasa. Il est possible que je voyage souvent à Mombasa, mais cela ne vaut pas dire que je suis un résident de Mombasa. C'est pourquoi, il est possible que la plaignante se rende régulièrement à Mombasa, mais vive à Malindi ».

La plaignante donne ensuite sa version des faits :

« Je suis une habitante de Mombasa. Mes enfants vont à l'école ici, à Mombasa. J'ai une chambre, que je loue ici à Mombasa, à Mvita. Je n'ai pas de reçu pour le loyer, étant donné que le propriétaire n'a pas pris de caution. Le propriétaire de la maison s'appelle I Abdalla. Il vit avec sa femme, dans la même maison. Je vais faire venir mes témoins ».

Le Chief Kadhi rend un nouvel arrêt :
« Audition le 14 juin 2006 ».

Toutefois, le 14 juin 2006, la session est ajournée et une nouvelle audition est fixée pour le 6 juillet 2006. Cependant, de nouveau, cette date est repoussée et finalement l'audition se tient le 10 août 2006, en présence des deux parties. La plaignante prend la parole en premier :
« Mes témoins sont venus deux fois, mais le tribunal ne statuait pas. Aujourd'hui, malheureusement, mes témoins ne sont pas là. Si on me donne une autre date, j'essaierai de les faire venir ».

Le répondant s'exprime ensuite :
« Je souffre réellement d'avoir à venir ici. Je demande qu'un non-lieu soit prononcé une fois pour toutes ».

Le Chief Kadhi rend finalement son dernier arrêt :
« Cette affaire ne peut pas être jugée dans ce tribunal. La plaignante n'a pas pu prouver qu'elle vit à Mombasa. Pour cette raison, l'affaire fait l'objet d'un non-lieu et la plaignante déposera plainte à Malindi ».

28. Civil Suit 258/2006

Saida Kingi Mwakitete (plaignante) vs Thabit Abdullah Abbas (répondant)

Objet : Dissolution du mariage et restitution de ses biens

Plainte déposée le 4 octobre 2006. Les parties n'ont pas d'avocat.

Les parties se sont mariées selon le droit musulman le 13 août 2005 à Mombasa. La femme est actuellement enceinte et le répondant vit à Zanzibar. La plainte est déposée au motif que le répondant a pris possession des biens personnels de la plaignante, incluant les originaux de ses papiers d'identité. Elle accuse le répondant de se droguer et de commettre des actes illégaux comme le vol. Elle accuse le répondant de ne pas remplir ses devoirs conjugaux depuis environ cinq mois. Elle l'accuse encore de l'avoir battue à plusieurs reprises à la suite de différends. En conséquence, elle demande la restitution de tous ses papiers, dont les originaux, et la dissolution de son mariage.

Le 15 décembre, la plaignante dépose une demande pour un jugement interlocutoire après que le répondant ait négligé de se présenter devant le tribunal.

Dans un courrier postérieur, elle précise avoir accouché en novembre 2006, après qu'elle et son mari se soient séparés en raison d'incompréhension matrimoniale. Elle explique que depuis leur séparation elle a quitté le domicile conjugal et que depuis son époux ne lui a jamais apporté aucune aide, même après son accouchement. Elle a quitté le domicile conjugal sans prendre aucun de ses biens, mais affirme que le répondant avait accepté de les lui amener un peu plus tard. Depuis, il a confirmé qu'il était disposé à lui rendre ses biens, mais seulement si elle renonce à sa dot en échange.

Finalement, une audition est fixée le 27 février 2007 mais, aucune des parties ne s'étant présentée, l'affaire est suspendue (stood of general).

NAIROBI

29. Civil Case 55/2004

Mohamed Said Golo (plaignant) vs Jamila Mohamed (Joyce Marigu Njue, répondante)

Objet : Divorce, entretien et garde des enfants.

Affaire ouverte le 29 avril 2004 et jugée le 17 juillet 2004. La femme est assistée par un avocat (pour la rédaction de sa défense), mais elle se présente seule au tribunal.

Ce couple s'est marié selon le droit islamique le 23 mars 1991 et a trois enfants (Saidi Mohamed, né le 27 mai 1983, Athumani Mohamed, né le 22 décembre 1990 et Mbasha Mohamed né le 1^{er} septembre 1999). Le 14 avril 2004, le plaignant a répudié sa femme (Talak).

Plainte déposée par l'ex-époux (le 17 avril 2004). Dans sa plainte, il accuse son ex-épouse de le menacer, de l'insulter et de ne pas respecter la religion musulmane. Il affirme également que celle-ci ne s'occupe pas de l'entretien de leur maison et de leurs enfants. Il a décidé de la répudier principalement parce qu'il l'accuse de consommer de l'alcool. Il a divorcé en présence de deux témoins (Salim Athumani El Kindy et Mohamed Abubakar). Dans une autre plainte, datée du 29 avril 2004, il accuse également son ex-épouse de consommer de la drogue, motif pour lequel elle a été envoyée en prison (Langata Women Prison). Il estime sa vie en danger, car sa femme le perturbe et a menacé de l'empoisonner. Il estime que, étant donné que son ex-épouse boit et consomme de la drogue, elle ne peut pas prendre soin de ses enfants, surtout de leur plus jeune fille, âgée de trois ans seulement. Il insiste sur le fait que son ex-épouse ne respecte pas la religion musulmane. Il précise que pendant plus de six mois, ils n'ont pas eu de relations conjugales. Il craint que ses enfants, à leur tour, ne négligent leur religion, en raison de la mauvaise influence que peut avoir leur mère. Pour ses raisons, il demande :

- 1. Son certificat de divorce, daté du 17 avril 2004 ;*
- 2. L'aide du tribunal pour obtenir la liberté de vivre avec ses enfants et de leur fournir une bonne éducation, car son ex-femme ne s'occupe pas d'eux ;*
- 3. Que le tribunal lui accorde son certificat de divorce, afin que son ex-épouse ne gâche pas sa paix et ne vive plus chez lui après l'expiration de la période d'Edda.*

Dans sa réponse (établie par un avocat, le 14 mai 2004), la répondante nie l'ensemble des accusations formulées contre elle. Elle reconnaît être mariée avec le plaignant depuis 1991, mais affirme qu'ils vivaient ensemble depuis 1981. Elle dit que la maison de son époux est celle où elle a vécu depuis vingt-trois ans et où elle a élevé ses enfants, et qu'elle n'a nul endroit où aller si le plaignant l'expulse de ce domicile. Elle nie l'ensemble des motifs exposés par le plaignant pour demander le divorce et nie en particulier utiliser ou vendre de la drogue, boire de l'alcool ou avoir menacé d'empoisonner son époux. Elle nie également ne pas prendre soin du plaignant et des enfants issus de leur mariage. Elle affirme au contraire que l'échec de son mariage tient au comportement cruel du plaignant, qui a négligé son épouse et ne lui fournit pas une aide financière suffisante. Elle prétend aussi que le plaignant lui a interdit de travailler et de gagner de l'argent par ses propres moyens. Elle accuse le plaignant de consommer du Khat avec des amis, parfois jusque tard dans la nuit, négligeant de fait sa vie conjugale. Elle l'accuse aussi d'adultère. La répondante affirme que son époux n'a jamais cherché à résoudre leurs problèmes conjugaux. Elle demande donc que :

- 1. Le tribunal rende un non-lieu et ordonne au plaignant de prendre en charge les coûts de l'affaire ;*
- 2. Le tribunal lui accorde la garde, le soin et le contrôle des enfants ;*
- 3. Le tribunal ordonne au plaignant d'entretenir la répondante et ses enfants ;*
- 4. Le tribunal lui accorde toute autre assistance qu'il jugera nécessaire.*

Une audition a lieu le 17 juin 2004, en présence des deux parties.

Audition du plaignant :

« Je m'appelle Mohamed Said Golo. Je vis à Kahawa Sukari. Je travaille à K.P.L. comme chauffeur. Je suis divorcé de la répondante. Je l'ai répudiée le 17 avril 1991. Je l'avais épousée en 1991. Le mariage avait été conclu par M. S. Mugu et un certificat nous avait été remis, mais je ne l'ai pas, c'est la répondante qui l'a. Nous avons été bénis de trois enfants (Saddi, Athman et Mbasha). La répondante vit toujours au domicile conjugal. Les deux fils les plus âgés sont en pension et le plus jeune des enfants reste avec nous. Les raisons pour lesquelles j'ai divorcé ont été listées dans la plainte : la répondante se drogue et elle ne prend pas correctement soin de sa famille. Elle ne respecte pas sa religion, etc. J'étais à l'armée jusqu'en 1992. J'ai rencontré la répondante à Kahawa. En 1993, j'ai obtenu un emploi à K.P.L. J'ai ouvert un petit commerce pour la répondante, mais il n'a pas marché. Elle a ouvert un hôtel avec un bar à Githurai, mais cela n'a pas marché non plus. En 1994, j'ai été transféré à Sultan Hamud. Elle a alors ouvert un autre hôtel avec un bar, encore à Githurai. J'ai vu ma femme avec un autre homme. J'ai assisté le fils de la répondante, qui est mon beau-fils, en lui donnant 4,000 Shillings pour payer ses frais de scolarité. Mais la répondante ne les a pas utilisés correctement parce qu'elle s'en est servie pour son propre usage. J'en ai assez de la répondante à cause de son mauvais langage et de ses mauvais traitements. J'ai obtenu tous les documents nécessaires pour mes enfants, comme leurs certificats, etc. la maison où je vis est une maison louée 10,000 Shillings par mois. Mon ex-femme s'est convertie à l'islam mais elle ne pratique pas la religion. Je demande la garde de notre plus jeune enfant, Mbasha. Je prie pour que le divorce soit enregistré. La répondante est née en 1960. Lorsque je l'ai épousée, elle avait 31 ans. Je vivais avec elle depuis 1982 et elle était alors chrétienne. Je l'ai encouragée à se convertir, afin que nous puissions nous marier selon le droit islamique. J'ai vécu avec la répondante pendant 23 ans. J'ai été amené à me déplacer pendant un certain temps, en raison de la nature de mon travail. Je n'ai pas d'autre épouse et je n'ai pas de copine. Je me suis toujours occupé de ma famille de manière appropriée. La répondante nie mes droits conjugaux. La dernière fois que nous avons eu un rapport sexuel était il y a six mois. La répondante refuse de changer son nom sur sa carte d'identité. En 2002, je l'ai faite sortir de prison après avoir payé l'amende. Je l'ai faite sortir avec l'espoir qu'elle allait changer, mais en vain. Je reconnais que notre fille Mbasha a besoin de l'amour et de l'attention de sa mère. Je suis prêt à lui laisser la garde de Mbasha, mais à condition que cela ne soit que jusqu'à un certain âge. Je n'ai pas de témoin ».

Le même jour, la répondante fait également sa déposition :

« Je m'appelle Jamila Mohamed, également connue sous le nom de Joyce Marigu Njue. Je suis au courant de cette plainte. J'ai épousé le plaignant en 1991 mais nous vivions ensemble depuis plus longtemps. J'avais deux enfants avant de rencontrer le plaignant, un fils et une fille. J'ai rencontré le plaignant en 1982 et j'ai décidé de vivre avec lui. Je suis devenue musulmane. Je suis une musulmane pratiquante et pas seulement une musulmane de nom. Mes parents n'étaient pas contents au début, mais maintenant ils ont accepté. Je n'ai jamais menacé mon époux. Ce qui s'est passé était un désaccord, comme il peut y en avoir entre un mari et sa femme. Le plaignant a l'habitude de voir des femmes qui ne sont pas mariées. Le plaignant me fournissait l'entretien, mais il ne me donnait pas d'argent pour mes besoins personnels. Je ne vends pas de drogue mais sa sœur a été arrêtée en possession de drogue alors qu'elle voyageait au Pakistan. Je suis aussi allée au Pakistan, pour rendre visite à ma sœur qui y travaille. Lorsque je suis rentrée au Kenya, elle m'a donné un colis qui contenait de la drogue et j'ai été accusée pour cela. J'ai été convoquée à la division criminelle du tribunal et libérée lorsqu'il a été établi que je n'étais pas coupable de ce crime. Le répondant a l'habitude d'avoir des liaisons avec d'autres femmes et une fois j'ai trouvé un message qui

venait de Sultan Hamud. Tous ces problèmes ont provoqué le chaos dans notre couple. Je prends soin de mon plus jeune enfant Mbasha et je travaille pour cela. Je veux que le plaignant entretienne l'enfant. Le plaignant n'est pas la meilleure personne pour garder un enfant, étant donné qu'il passe le plus clair de son temps à mâcher de la *miraa* et mon plus jeune enfant pourrait avoir des problèmes ».

Le 21 juin 2004, le plaignant soumet sa requête finale. Il affirme avoir autorisé son ex-épouse à passer sa période d'Edda de 90 jours au domicile conjugal, mais précise que, le délai de 90 jours ayant expiré, il est « haram » (interdit) pour eux de continuer à vivre ensemble et qu'il est donc nécessaire que la répondante quitte ce domicile. Il reconnaît que la garde de leur plus jeune fille, seulement âgée de quatre ans, devrait être confiée à son ex-épouse, ainsi que le prévoit le droit islamique. Mais il souhaite avoir la garde des deux garçons. Il accepte de payer pour l'entretien de ses trois enfants.

Le 13 juillet 2004, la répondante soumet également sa requête finale (préparée par son avocat). Celle-ci réaffirme souhaiter obtenir la garde, le soin et le contrôle de ses trois enfants, ainsi que l'entretien pour elle et ses enfants. Elle nie de nouveau vendre de la drogue, mais admet avoir été arrêtée en 2000 à l'aéroport, lorsque de la drogue a été découverte dans ses bagages, au retour d'un séjour au Pakistan où elle a des amis et de la famille. Mais elle affirme qu'après investigation, les charges contre elle ont été retirées. Elle nie catégoriquement vendre ou consommer de la drogue. Elle réfute l'accusation d'avoir menacé son époux dans le cadre de leur mariage. Elle prétend que le réel motif de cette plainte contre elle est le fait que son mari vit désormais avec une autre femme et que, au lieu de la prendre comme deuxième femme ainsi que le permet le droit musulman, il a décidé de porter de fausses allégations contre son épouse pour pouvoir s'en débarrasser. Elle nie être une mauvaise épouse, qui ne nettoie pas sa maison ou ne cuisine pas pour son mari et affirme qu'au contraire c'est le plaignant qui a de mauvaises habitudes, comme par exemple séduire les aide ménagères qui travaillent chez lui. Elle déclare s'être occupée de ses enfants, alors que le plaignant est parfois loin du domicile conjugal pour de longues périodes. Elle réitère respecter la foi musulmane et être une bonne musulmane, s'étant convertie lors de son mariage avec le plaignant. Elle demande à être autorisée à conserver la garde de ses enfants, en particulier de leur fille Mbasha qui n'a que quatre ans et a besoin de l'affection de sa mère. Elle met en avant le fait que son ex-époux, en raison de la nature de son travail (chauffeur), ne peut pas être là pour ses enfants. Les deux fils, étant plus âgés, pourraient choisir eux-mêmes avec lequel des deux parents ils souhaitent vivre. Elle précise que, ayant été mariée très jeune au plaignant, elle est devenue assez dépendante de ce dernier. Elle ne possède pas de travail stable, mais affirme subvenir à ses besoins en travaillant comme cuisinière pour des particuliers. Elle a révélé au tribunal que lors de sa conversion à l'islam après avoir épousé le plaignant, sa famille et ses proches en ont été malheureux. En conséquence, elle ne peut chercher refuge auprès d'eux si le plaignant l'expulse du domicile conjugal. Elle reconnaît ne pas pouvoir forcer le plaignant à continuer à vivre avec elle, mais prie pour qu'au moins il l'entretienne elle et ses enfants et qu'il leur fournisse un domicile alternatif. Elle insiste sur le fait qu'il est de l'intérêt du plus jeune des enfants de rester avec sa mère, mais que les deux garçons plus âgés sont capables de choisir avec lequel de leurs parents ils souhaitent vivre. Sa demande est donc que son ex-époux lui fournisse un domicile, l'entretienne elle et sa fille, pour un montant de 10,000 Shillings par mois.

Une deuxième audition a lieu le 13 juillet 2004, en présence du plaignant et de l'avocat de la répondante. Ce dernier demande au tribunal d'accorder à sa cliente 10,000/- Ksh. par mois pour sa fille, une autorisation pour que sa cliente puisse rester encore quelques temps au

domicile du plaignant, un logement alternatif pour la répondante et sa fille. En réponse, le plaignant affirme que la répondante travaille et qu'elle peut subvenir elle-même à ses besoins. Il précise que les enfants sont médicalement assurés et qu'il paye leurs frais de scolarité. Il se dit prêt à indemniser son ex-épouse pour son logement à hauteur de 7,000 Shillings par mois, mais à condition qu'elle quitte le domicile conjugal.

Le jugement est rendu par le Kadhi le 17 juillet 2004, en présence des deux parties :

Upon hearing the parties and their final submissions, this court shall order judgment as follows:

- The marriage between the parties has been broken since 17.04.04.
- The parties had three issues of marriage and one of them is a daughter Mbasha, 4 years.
- The plaintiff agreed to take care of his daughter Mbasha 4 years who shall be under the custody of her mother (defendant) at a rate of Ksh. 3,000/- per month. The plaintiff agreed to pay for her school fees.
- The plaintiff confirmed that the daughter is medically covered.
- The plaintiff shall provide a home for the daughter and her mother not exceeding Ksh. 7,000/- per month.
- The plaintiff requests that the defendant leaves his house after *Edda* period.
- The defendant to look for the home now and thereafter she finds one then she should go out of the plaintiff's home.
- The defendant to produce children legal documents to me.
- The father to give right of access to his daughter.
- These are orders
- Right of appeal is granted in 28 days with effect today.

Mais en janvier 2006, les avocats du plaignant soumettent un courrier au Kadhi. Ils affirment qu'en novembre 2005, la répondante a abandonné leur enfant et leur petit-fils (Abdillahi) au domicile du plaignant et n'a depuis fait aucun effort pour contacter l'enfant en question, alors qu'elle demande à son ex-époux de continuer à payer pour l'entretien de l'enfant. Ils affirment encore que la femme s'est reconvertie au christianisme. En conséquence, le plaignant fait appel au tribunal pour obtenir la garde de l'enfant qui « a besoin d'être élevé dans un environnement islamique ». Ils précisent que le père est en mesure de s'occuper de cet enfant, car il est déjà en charge des deux plus âgés.

Un autre courrier est adressé au tribunal de Kadhi le 18 janvier 2006, à l'initiative des avocats de la répondante. Dans cette lettre, ils réfutent l'accusation selon laquelle leur cliente se serait reconvertie au christianisme. Ils affirment aussi que le plaignant n'a pas payé les frais de scolarité et d'entretien pour leur enfant, avant d'avoir reçu une lettre du tribunal. Ils demandent, en conséquence, au plaignant de respecter la décision du tribunal. De nouveau, en mai 2006, la répondante se plaint du fait que son ex-époux ne l'a pas payée pour ce mois.

Le plaignant produit une lettre (datée du 11 mai 2006), dans laquelle il explique avoir payé la somme mensuelle de 10,000 Ksh depuis août 2004, à l'exception des trois derniers mois. Il explique que cela tient au fait qu'il ne travaille plus depuis novembre 2005 et qu'il n'a donc pas les moyens de payer cette somme. Il affirme que l'argent qu'il gagne lui permet seulement de payer ses propres dépenses et l'entretien de ses deux enfants les plus âgés. Il demande donc au tribunal de tenir compte de cette nouvelle situation et de reconsidérer l'affaire, en lui accordant la garde de leur plus jeune fille ou en la laissant à son ex-épouse, mais à la condition que cette dernière soit en charge de l'entretien de l'enfant, en attendant qu'il ait

assez d'argent pour s'en occuper. Il affirme bien vouloir régler les trois mois qu'il n'a pas payés, à raison de 3,000 Shillings par mois, jusqu'à l'apurement de la dette.

30. Civil Case 15/2005

Fauzia Abdosamad Mohamed Abdallah (plaignante) vs Khalid Salim Abeid (répondant)

Objet : Dot, frais de maternité et autres soins.

Affaire ouverte le 10 février 2005 et jugée le 7 octobre 2005. Affaire sans avocat.

Dans sa plainte, déposée le 10 février 2005, la plaignante affirme qu'elle a été chassée du domicile conjugal, afin de laisser la place à la première épouse du répondant, celle-ci vivant à Mombasa. Elle précise être enceinte et souhaiter être autorisée à revenir au domicile conjugal, jusqu'à son accouchement. Elle demande également le paiement de son entretien mensuel, ainsi que prévu par la Charia.

Pour sa défense, datée du 23 février 2005, le répondant précise qu'il était marié à la plaignante jusqu'en octobre 2004, moment où il l'a répudiée. Il précise que durant la période où ils étaient mariés, il lui a fourni toutes les facilités matérielles dont elle pouvait avoir besoin. Toutefois, il affirme que sa femme lui a causé beaucoup de problèmes et a vendu un certain nombre de biens qui lui appartenaient. Il affirme ne pas être responsable de la grossesse de son ex-épouse et qu'il souhaite conduire un test ADN après la naissance de l'enfant. Il affirme enfin que la femme ne l'a épousé que pour des raisons matérielles, mais qu'il n'y a jamais eu d'amour ou de relations conjugales entre eux, ce pourquoi il a pris la décision de la répudier.

L'audition a lieu le 14 septembre 2005, en présence des deux parties.

Audition de la plaignante :

« Je m'appelle Fauzia Abdosamad. Je vis à South B, chez ma sœur. Je suis sans-emploi. Le répondant est mon mari. Il m'a épousée en février 2004. Je ne vis plus avec mon mari depuis le 10 septembre 2004. Le répondant m'a ordonné de quitter le domicile conjugal parce que sa deuxième femme venait vivre chez lui. J'ai quitté la maison du répondant pour aller vivre chez ma sœur sans le souhaiter et je suis malade depuis ce jour. Nous avons un enfant, âgé de trois mois et demi. Il s'appelle Wardat Khalid Salim. L'enfant est enregistré, par le certificat de naissance No. 920098, et il est né le 27 mai 2005. Le répondant ne m'a fourni aucune pension alimentaire avant et après l'accouchement. C'est pourquoi je prie pour que me soit accordé mon entretien passé, le paiement ou le remboursement des factures d'hôpital et la pension alimentaire pour l'enfant. Je demande 50,000 Shillings pour la facture d'hôpital. Je demande 7,000 Shillings pour l'entretien de mon enfant. Je demande également mes effets personnels, que j'ai laissés chez le répondant (deux matelas et des ustensiles de cuisine). Le répondant a affirmé qu'il a divorcé mais je nie ces allégations parce qu'il a dit en présence de Mohamed Swalihu qu'il pensait à divorcer mais il n'a pas prononcé le divorce. Je pense que le répondant est le père légitime de cet enfant. Je demande également mon mahr non payé de 10,000 shillings, comme indiqué sur mon certificat de mariage. Je n'ai pas de témoin ».

Déposition du témoin :

« Je m'appelle Abdul Said Abdallah. Je vis dans le quartier de California. Je suis un homme d'affaires. Je connais les parties. Ils sont mariés. Je suis l'un des témoins de leur mariage. J'ai signé le certificat de mariage. Les parties avaient un différend, qui a été porté devant Mohamed Swalihu. Là aussi j'étais présent. Au bureau de Mohamed Swalihu, le répondant a prononcé le divorce et j'étais présent au moment de la prononciation du divorce, avec la

plaignante. Le répondant accuse aussi la plaignante de ne pas être fidèle, mais certaines accusations ont été retirées et rejetées par Swalihu en raison d'un manque de preuves. Swalihu a déclaré que le nouvel enfant était le bébé légitime du répondant étant donné que le contraire n'avait pas été prouvé ».

Audition du répondant :

« Je m'appelle Khalid Salim Abeid. Je vis à Biafra. Je travaille à Sana Industries comme gardien de magasin. La plaignante est mon ex-épouse. Je l'ai épousée le 15 février 2004. Je l'ai répudiée en octobre 2004 au bureau de Mohamed Swalihu, avec Abdul Said Abdallah (son témoin) et trois autres personnes. Depuis octobre 2004, la plaignante n'est plus ma femme officiellement. J'admets et je déclare devant ce tribunal que l'enfant, Nasma, née le 27 mai 2005 est ma fille légitime. J'admets que depuis octobre 2004 et jusqu'à aujourd'hui je n'ai pas fourni de pension alimentaire. Sur sa demande de dot, j'ai payé 7,000 Shillings à la plaignante, il reste donc 3,000 Shillings mais je n'ai pas d'autre témoin que nous-mêmes. Je suis prêt à prendre soin de mon enfant depuis mai jusqu'à ce jour à raison de 3,000 Shillings par mois. Le divorce n'a pas encore été enregistré ».

Contre-interrogatoire de la plaignante :

« Le répondant avait l'habitude de nous donner de l'argent, 5,000 ou 2,000 Shillings, mais il n'a jamais précisé que cela faisait partie de ma dot. C'est pourquoi je maintiens qu'il n'a pas payé la dot de 10,000 Shillings sur laquelle nous étions d'accord. J'ai besoin de recevoir les 50,000 Shillings pour la facture d'hôpital parce que ma mère a présenté son titre de propriété comme garantie auprès d'un homme et en cas d'échec à payer, le titre de propriété restera à cet homme. J'ai besoin d'environ 5,000 Shillings par mois pour l'entretien de mon enfant ».

Contre-interrogatoire du répondant :

« Je peux payer 3,000 Shillings par mois pour l'entretien de l'enfant. Je suis prêt à payer la facture d'hôpital. J'ai une dette de 3,000 Shillings en ce qui concerne la dot, mais pas de 10,000 Shillings comme elle le prétend ».

Le jugement est rendu par le Kadhi le 7 octobre 2005, en présence des deux parties :

Upon hearing the parties and their final submissions, this court has concluded that:-
The marriage has been broken since October 2004, despite divorce not being registered. The plaintiff was pregnant at the time of divorce and she claimed for her money she spent during the labour and after as per the bills produced totalling 50,000/-. One child was born in May 2005. The plaintiff also prays for the child's maintenance at a rate of 5,000-4,000 per month. The defendant is ready to maintain his child at a rate of 3,000/- per month. The defendant was doubting about the Ksh. 50,000/- incurred of hospital bills during the delivery, but could not disapprove the same. There was also a dispute on the unpaid dowry. The plaintiff claims it to be 10,000/- as shown in this marriage certificate, while the defendant claims to have paid the plaintiff 7,000/- and remaining only 3,000/-. Therefore, this court shall make the following orders on the said issues and facts as follows:

- Divorce certificate be issued;
- The defendant to pay the hospital bills during the child delivery totalling to 50,000/-;
- Custody of the child to be with the mother (plaintiff);
- The defendant who is the legitimate father to the born child to maintain his child at a rate of 3,000/- per month with effect from June 2005;
- The defendant to clear the balance of unpaid dowry of Ksh. 3,000/-;
- Right of appeal is granted in 30 days with effect from 07.10.05.

These are orders. KADHI. 07.10.05

Une nouvelle audition se tient le 15 novembre 2005, en présence des deux parties. La plaignante affirme que son ex-époux ne lui a pas versé les 56,000 Shillings sur lesquels ils s'étaient mis d'accord. Le répondant affirme avoir envoyé 3,000 Shillings pour leur enfant, mais ne pas avoir été en mesure de verser les 56,000 Shillings, malgré sa volonté de le faire. Il demande au Kadhi de lui accorder jusqu'au 30 novembre 2005, ce que ce dernier lui accorde.

Le 19 juin 2006, la plaignante se présente de nouveau (seule) devant le Kadhi car son ex-époux a cessé de payer pour l'entretien de leur enfant. Elle demande donc au Kadhi de l'aider. En réponse, celui-ci lui explique qu'il va s'adresser directement à l'employeur du répondant pour que la somme en question soit déduite du salaire de ce dernier et transmise à la plaignante. Il conseille également à la plaignante de porter l'affaire devant le tribunal pour enfants.

31. Civil Case 128/2005

Fadia Saleh Mubarak Bafana (plaignante) vs Hussein Ali Salim Albaidhani (répondant)

Objet : Divorce et garde des enfants.

Affaire ouverte le 7 décembre 2005 et jugée le 16 février 2006. Affaire sans avocat.

Dans sa plainte (rédigée en swahili), la plaignante affirme que son mariage est dans une très mauvaise situation. Elle dit avoir persévéré pendant très longtemps, mais qu'elle est désormais fatiguée et qu'elle ne peut plus supporter son époux. Elle reproche à son mari de ne pas être croyant et de ne pas avoir la foi en sa religion. Elle prétend qu'il ne connaît pas sa religion et ne s'y intéresse pas. Elle dit également que son époux pratique la sorcellerie et joue au Casino. Il ne travaille pas et elle est la seule à travailler et à s'occuper du foyer et de leurs enfants. Elle ne vit plus avec son époux, qui a coupé les liens avec sa famille depuis deux ans. Elle habite avec ses enfants en Tanzanie, alors que son mari vit à Nairobi. Elle a déjà demandé le divorce en août 2004. Elle était alors venue à Nairobi, mais son époux n'a pas daigné se déplacer. Après cet échec, elle a de nouveau tenté d'obtenir le divorce, en Tanzanie, mais on lui a dit que comme elle s'était mariée au Kenya, elle ne pouvait obtenir le divorce qu'au Kenya. Elle se dit fatiguée de vivre avec son mari, principalement en raison de ses activités de sorcellerie. Elle jure devant Dieu qu'elle ne veut plus de cette union. Elle souhaite aussi que les enfants ne vivent pas avec la famille de son époux car la mère de celui-ci est également une sorcière. Elle demande une audition et espère obtenir le divorce et la garde de ses enfants.

Un avis pour une audition est envoyé au répondant le convoquant le 16 février 2006, mais celui-ci ne s'est pas présenté. Ce même 16 février, en présence de la plaignante, le Kadhi prononce un jugement ex parte :

Upon perusal of this file and hearing of the plaintiff in the absence of the defendant, this court has been convinced with her prayer to dissolve this marriage on desertion and negligence grounds, with effect from the 16th of February 2006. The plaintiff to observe her Edda for a period of three months with effect from the 16th of February 2006. Divorce certificate be issued.

32. Civil Case 129/2005

Fariyal Isak (plaignante) vs Zahid Mohamed Buti (répondant)

Objet : Dissolution du mariage et garde des enfants.

Affaire ouverte le 7 décembre 2005.

Dans son courrier, la plaignante demande au tribunal de lui accorder le divorce. Elle affirme avoir tout tenté pour sauver son mariage, mais sans succès. Elle accuse son époux d'être alcoolique et de rentrer chez lui ivre, de l'insulter et parfois de la battre. Elle affirme en avoir informé la police. Elle l'accuse également d'adultère et de ne pas être un père responsable, dans la mesure où il peut laisser ses enfants sans nourriture.

Les parties sont convoquées pour une audition le 15 février 2006, mais aucune d'entre elles ne s'est présentée. Elles sont à nouveau convoquées le 3 mai 2006, par consentement mutuel, mais là encore ne se sont pas présentées.

33. Civil Suit 132/2005

Hassan A. O. Owiti (plaignant) vs Leila Wangari Ngige (répondant)

Objet : Divorce et garde des enfants.

Procédure ouverte le 21 décembre 2005 et jugée le 14 mars 2006. Affaire sans avocat.

Couple ayant quatre enfants (Sumaiya Hassan, 11 ans ; Khalid Hassan, 9 ans ; Yasir Hassan, 6 ans et Amina Hassan, 1 an ½). Le mari souhaite obtenir le divorce en raison du manque de confiance entre lui et son épouse. Dans sa plainte, il demande également la garde des quatre enfants.

Pour sa défense, la répondante affirme également ne pas avoir confiance en son époux. Elle l'accuse aussi d'avoir épousé une autre femme et d'avoir quitté le domicile conjugal avec ses enfants (à l'exception du plus jeune) et cette femme. Après que son mari l'ait quittée, la femme a demandé conseil à un « Chef », lequel a contacté son mari et leur a conseillé de porter l'affaire devant le tribunal du Kadhi. Elle affirme que, après avoir vu le « Chef », son mari est parti avec leur plus jeune enfant. Mais elle précise qu'elle allaite toujours ce dernier. Dans sa réponse, elle demande donc au tribunal de lui accorder la garde de ses enfants.

Une audience est tenue le 8 février 2006, en présence des deux parties.

Déposition du plaignant :

« Je m'appelle Hassan Owiti. Je vis et je travaille à Nairobi. Je travaille comme gestionnaire des ventes (...). La répondante est ma femme depuis décembre 1995. nous avons été bénis de quatre enfants. Je ne vis plus avec ma femme depuis septembre 2005. Nous vivons séparés. Après notre mariage, nous vivions sans problème, jusqu'au jour où j'ai eu des problèmes à mon travail qui ont conduit à mon renvoi et à une plainte, à l'issue de laquelle j'ai été enfermé à *Industrial Area Prison*. J'ai perdu mon travail et le litige n'a pas encore été jugé. La répondante ne m'a pas soutenu dans mes problèmes, au contraire elle a été un autre problème ajouté aux autres. La répondante m'a endetté après avoir été trompée par des individus qui prétendaient me faire sortir de prison. Après ma libération, j'ai décidé de divorcer afin que mon esprit soit en paix. Il y a aussi la question de la garde de nos enfants. Je suis également marié à une autre femme. »

Déposition de la répondante :

« Je m'appelle Leila Wangari Ismail. Je vis à Huruma. Je suis travailleur indépendant, je vends des crèmes glacées. Le plaignant est mon mari depuis décembre 1995. Nous avons quatre enfants. Je ne vis plus avec le plaignant depuis août 2005. Le plaignant a eu un problème à son travail et l'affaire est en attente au tribunal. Le plaignant est marié à une autre

femme. Le plaignant a négligé ses devoirs envers nous, il ne s'est pas occupé de nos besoins pendant plus de cinq mois. Le plaignant, après avoir été libéré conditionnellement, n'est jamais venu me voir. Les quatre enfants vivent désormais avec lui. Tous les problèmes ont été causés par son arrestation et sa condamnation par le tribunal. Si le plaignant souhaite le divorce, c'est comme il veut. Il y a un dossier dans l'attente de l'audience au tribunal pour enfants, prévue le 28 février 2006 ».

Une deuxième audience se tient le 23 février 2006, en présence des deux parties.

Le plaignant :

« Je suis ici pour t'écouter en ce qui concerne notre problème matrimonial ».

Répondante :

« Tu m'as dit de quitter ta maison et d'amener les enfants chez toi. Mais je n'avais pas d'argent pour le faire. Tu m'as dit cela lorsque tu étais en prison ».

Plaignant :

« J'ai décidé de rester à Nairobi pour les besoins de l'éducation de nos enfants ».

Répondante :

« Mon avocat m'a conseillée de prendre les enfants avec moi ».

Plaignant :

« C'était à toi d'appeler les anciens pour nous réconcilier, mais ils n'ont rien fait parce qu'ils connaissent ta position ».

Répondante :

« Tu es venu me voir trois fois pour que l'on se réconcilie, mais nous avons toujours échoué ».

Plaignant :

« Je ne peux pas me réconcilier avec la répondante parce qu'elle ne me fait pas confiance. Il n'y a pas de compréhension entre nous. La répondante m'a signalé à la police, au Chief Justice et au tribunal pour enfants ».

Le 14 mars 2006, le plaignant fournit au tribunal un courrier dans lequel il précise qu'il répudie sa femme :

I, Mr. Hassan A.O. Owiti, a Kenyan and holder of the National ID Card No. 13491841 do hereby declare as follows:

1) Having been married and stayed with my wife Mrs. Laila Wangire Ngiga/Laila Ismail and blessed with four siblings, namely Sumaiya (11 years), Khali (9 years), Yasir (7 years) and Amina (1 ½ years).

I am today 14/03/06 before the Kadhi's Court of Nairobi serving her with the divorce certificate due to the hearing and submission of my case against her, which to me is beyond repair.

Yes, it is a hard decision but to me and the future I think it will serve me better.

I am ready to follow all the Shariah according to me religion Islam.

2) I am not doing this to create enmity between me and either party since she's still the mother to my kids.

3) It is all I can say now and true to my knowledge not forced to do it.

Le même jour, le jugement est rendu par le Kadhi :

Upon hearing the parties and their submissions, this is a divorce case initiated by the plaintiff who is a legal husband to the defendant. The plaintiff has written down his divorce statement with effect from the 14th of March 2006. Therefore this court has accepted this divorce and shall order the following:

- The marriage is with effect from the 14th of March 2006 declared null and void based on husband's pronouncement of the divorce;
- The plaintiff is hereby required by law to maintain his divorcee the defendant for 3 months at a rate of 3,000/ per month, totalling 9,000/-;
- The plaintiff is also required to pay to the defendant her unpaid dowry of 3,000/-
- Divorce certificate be issued.

34. Civil Case 9/2006

Jawahir Abdillahi Hassan (plaignante) vs Abdikadir Aden Mohamed (répondant)

Objet : Certificat de divorce, entretien pour la période d'Edda.

Affaire ouverte le 26 janvier 2006 et jugée le 16 mars 2006. Affaire sans avocat.

Ce couple s'est marié en 2000 et a un enfant. L'épouse a été répudiée par son mari le 4 décembre 2005, mais l'ex-époux n'a pas payé l'entretien, ni pour son ex-femme, ni pour son enfant. La femme a été chassée du domicile conjugal par son ex-époux, qui refuse de lui restituer ses biens.

Dans sa plainte, reçue le 26 janvier 2006 par le tribunal, l'ex-épouse demande :

1. *L'argent pour sa période d'Edda de trois mois ;*
2. *Différents biens (télévision, lit, placard, four à gaz...) ;*
3. *L'entretien de leur bébé, qui inclut des factures d'hôpital, des vêtements et de la nourriture ;*
4. *Sa dot, qui consiste en un ensemble en or ;*
5. *Son certificat de divorce ;*
6. *Tout autre aide que le tribunal juge nécessaire.*

Le 16 février 2006, le mari fournit sa défense. Il affirme avoir divorcé de son épouse, Asha Abdillahi, en décembre 2005 après qu'ils se soient disputés au sujet de son manque de sérieux et du fait qu'elle gaspille leur argent. Il l'accuse également de lui désobéir et de l'insulter devant d'autres personnes. Il précise lui avoir fourni une lettre de divorce, mais que son ex-femme a refusée, au motif qu'elle ne pouvait l'accepter sans recevoir sa dot auparavant. C'est après cela qu'il sont allés au « tribunal de Kadhi de California » (expression employée par le répondant, mais en réalité, il se réfère à l'officier de l'état civil en charge de l'enregistrement des mariages et des divorces musulmans). Il affirme que le cheikh, après avoir écouté leur problème, a présenté une nouvelle lettre de divorce à la femme, mais que celle-ci a une nouvelle fois refusé de signer. Cependant, il précise que devant le cheikh de California, ils se sont mis d'accord sur les dépenses relatives au bébé. Le mari a alors accepté de verser 100 Shillings par jour à son ex-femme à cette fin. Il affirme enfin que son ex-épouse a déjà récupéré tous ses biens et qu'il n'y a rien d'autre qu'elle puisse lui demander.

Une audience se tient le 15 mars 2006, en présence des deux parties.

La plaignante dit qu'elle vit à Eastleigh, avec sa mère. Elle reformule des demandes (certificat de divorce, entretien pour sa période d'Edda, dot, effets personnels). Elle réfute avoir récupéré ses effets personnels, ainsi que l'affirme son ex-époux.

L'ex-mari, en réponse, s'affirme prêt à lui verser une dot de 100 Ksh. par jour et l'autorise à récupérer ses effets personnels. Il est également prêt à enregistrer le divorce.

Le jugement est prononcé le 16 mars 2006, en présence des deux parties :

Upon hearing the parties, this is a divorce case filed by plaintiff. The plaintiff requested to know her status, whether she was properly divorced or not and if she was properly divorced, then the divorce be registered and get her rights as a divorcee woman. The defendant admitted to have divorced her wife since December 2005 and he is ready to register the marriage and maintain his divorcee wife at a rate of 3,000/- per month. The defendant also admitted to have not paid plaintiff's dowry in form of golden set and which he agreed to pay. Therefore, this court shall order the following:

- The divorce be registered on the 4th of December 2005;
- The defendant to maintain the plaintiff during her *Edda* at a rate of 3,000/- per month for three months;
- The defendant to pay the plaintiff her unpaid dowry in form of one golden set;
- The home... claim by the plaintiff be dismissed due to lack of concrete evidence as the defendant disapproved her claims.

35. Civil Case 12/2006

Fatuma Ajack Ahmed (plaignante) vs Abdulrahman Abdi (répondant)

Objet : Divorce.

Affaire ouverte le 7 février 2006 et terminée le 15 mars 2006. Affaire sans avocat.

Dans sa plainte, rédigée en swahili, la plaignante explique qu'elle n'est pas heureuse depuis qu'elle a épousé le répondant car ce dernier la chasse régulièrement du domicile conjugal, même pendant la nuit, et la bat. Avant qu'elle n'entame cette procédure, ceci est arrivé plusieurs fois, jusqu'à ce qu'un jour son époux prononce trois Talak en une seule fois. Après qu'elle ait présenté cette affaire auprès du tribunal, son mari a promis de changer, mais il n'a pas changé. Récemment, il l'a chassée de leur domicile et a jeté ses biens dehors. La plaignante explique qu'elle ne veut plus de cette vie avec son mari et demande au tribunal de rompre leur union et de lui accorder le divorce. (« kwa wakati hii nimetosheka na hiyo maisha simtaki huyo bwana tena. Naomba koti hii ivunje ndoa hii anipe talaka yangu »).

Pour sa défense, fournie au tribunal le 14 février 2006 (courrier rédigé en swahili), le répondant réfute toutes les allégations présentées par sa femme et affirme qu'il l'aime et ne peut lui faire de mal. Il demande au tribunal de les écouter tous les deux, car il affirme que ce qu'a écrit son épouse ne vient pas d'elle. Il souhaite que le tribunal les réunisse, lui et sa femme. (« Naomba korti inirudishie mke wangu »).

Une audition est organisée le 10 mars 2006, mais seule Fatuma, la plaignante, s'est présentée. Finalement, le 15 mars 2006, l'audition a lieu en présence des deux parties.

Déposition de la plaignante :

« Je m'appelle Fatuma Ajack Ahmed. Je vis à Kibera, Masimoni. Je suis femme au foyer. Le répondant est mon mari, il m'a épousée en 1996, nous avons reçu le certificat de mariage No. 041743. Nous avons un enfant de 8 ans et demi. Je ne vis plus avec le répondant depuis

janvier 2006, nous vivons séparés. Il y a eu beaucoup d'incompréhension et de disputes entre nous. Le répondant m'a chassée de sa maison à plusieurs reprises, jusqu'à la dernière fois en janvier 2006. Depuis ce jour, le répondant m'a chassée, je ne suis pas retournée chez lui. Le répondant avait l'habitude de me menacer avec un *panga*, c'est pourquoi j'ai décidé de partir avec les quelques biens que j'avais, même si certains de mes effets sont toujours chez lui. Ma carte d'identité est toujours chez lui. Notre affaire a été entendue plusieurs fois par les anciens mais le répondant n'a jamais changé. L'enfant vit toujours avec le répondant. C'est pourquoi je demande le divorce. Je demande aussi mes effets personnels (vêtements) et ma carte d'identité, qui est en possession du répondant ».

(Pas de témoin)

Déposition du répondant :

« Je m'appelle Abdulrahman Abdi. Je vis à Kibera, Mokongeni. Je travaille en tant que chauffeur. Je vis de la collecte de loyers sur des terres. La plaignante est ma femme. La plaignante a quitté le domicile conjugal après une dispute le 12 janvier 2006. D'après moi, cette dispute était mineure et n'a pas dégradé notre relation. C'est pourquoi je prie ce tribunal de nous donner une dernière chance pour nous réconcilier et nous réunir. J'ai toujours besoin d'elle comme épouse et comme mère de notre enfant qui est encore jeune. Je ne suis pas favorable à un divorce. J'ai ici avec moi la carte d'identité de la plaignante ».

(Pas de témoin).

Après une tentative de conciliation par le Kadhi, le répondant promet de ne plus maltraiter sa femme et demande au tribunal d'accorder à celle-ci tout ce qu'elle souhaite, même si c'est un divorce (déposition faite par écrit). Fatuma fait également une déposition écrite, dans laquelle elle reconnaît que son époux lui a remis sa carte d'identité.

36. Civil Case 13/2006

Mariam Ebrahim Kasu (plaignante)

Objet : Héritage.

Affaire ouverte le 10 février 2006 et jugée le 14 février 2006. Partie non représentée par un avocat.

Problème de la distribution des biens de son ex-époux, Ghazy Saleh Amer Balala, décédé alors qu'il travaillait en Arabie Saoudite. Couple marié jusqu'en février 2001 (divorce demandé par l'épouse et accordé par le Kadhi de Nairobi, Civil Case 88/2000). Trois enfants avant ce divorce, au nom desquels est déposée la requête. Mariam a été contactée par le frère de son ex-époux (Abdul Hakim Balala), lequel lui demandait de lui donner autorité pour collecter l'argent de son ex-mari en espèces, au nom de ses enfants. Mais Mariam, craignant que son ex-beau-frère n'utilise mal cet argent, a refusé. La Saudi Basir Industries Corporation (SABIC), l'ancien employeur de l'ex-époux de Mariam, demande à cette dernière d'obtenir une déclaration officielle du Kadhi sur son statut matrimonial et précisant les héritiers légaux du défunt, le tout devant être authentifié par l'ambassade d'Arabie Saoudite à Nairobi.

Jugement rendu par le Kadhi le 14 février 2006 :

UPON HEARING the applicant and UPON PERUSAL of the supporting documents, this court do hereby rule on the legal heirs and their respective shares from the estate of the

deceased. Since neither the parents nor the spouse (divorcee {F}) survived the deceased, the estate shall be inherited by the children and their shares are as follows:

- | | | | |
|------|---------------|----------|-----|
| i. | NADER BALALA | son | 40% |
| ii. | HEIKAL BALALA | son | 40% |
| iii. | NAJLA BALALA | daughter | 20% |

It is hereby ordered.

37. Civil Case 28/2006

(Aisha) Lucy Nyaruai Nduru (plaignante) vs Mohamed Bore Marsa (répondant)

Objet : Divorce.

Affaire ouverte le 9 mars 2006 et jugée le 31 mai 2006. Affaire sans avocat.

Ce couple s'est marié à Nairobi le 12 juin 2005.

Dans son courrier, la plaignante accuse son époux d'avoir quitté le domicile conjugal après avoir obtenu un emploi à Marsabit en septembre 2005. Depuis, elle affirme que celui-ci a refusé de communiquer avec elle et qu'il ne lui a fourni aucune aide pour son entretien depuis les six derniers mois. Elle précise n'avoir eu aucune relation conjugale pendant cette même période et que son mari ne lui a jamais rendu visite, malgré de fréquents retours à Nairobi.

En conséquence, elle demande au tribunal :

La dissolution de son mariage ;

Le paiement de sa dot de 12,000 Shillings ;

- 1. Son entretien pour les six derniers mois ;*
- 2. Les coûts de l'affaire ;*
- 3. Toute autre assistance jugée nécessaire par le tribunal.*

Un arrêt est rendu le 31 mai, en présence de la plaignante uniquement :

Upon hearing the plaintiff and perused of this file, this court is convinced with her allegations and shall grant her the prayer to dissolve this marriage between the parties on desertion ground with effect from 31.05.2006.

The plaintiff to observe her *Edda* for a period of three months with effect from 31.05.2006.

Divorce certificate be issued after *Edda* observing.

38. Civil Case 29/2006

Abdullahi Ali Jattan (plaignant) vs Fatuma Dokata Chimbisa (répondante)

Objet : Divorce.

Affaire ouverte le 13 mars 2006 et terminée le 14 juin 2006. Affaire sans avocat.

Ce couple s'est marié le 2 mars 2003, devant Sheikh Abdulhamin à Nairobi. Les parties ont un enfant, Mohamed Abdullahi Ali Jatani, âgé de deux ans et demi. Le 8 mars 2006, le mari a divorcé, en présence de deux témoins (Jafar Lakas et Adan Omaro). Le divorce a été prononcé par écrit :

« The above named Fatuma has been my legal wife since 2003 and she is no longer my wife due to frustrations, bad behaviour and being dishobedient. I have tolerated enough and would wish now to divorce her according to Islamic law, on her request for separation without prior evidence. Witnesses of this case are the village elders witnessed this day 8th March 2006. 1. Jafar Lakas. 2. Adan Omaro ».

Dans son courrier, le plaignant accuse la répondante de faire beaucoup d'excès, ce qui nuit à sa situation financière. Il affirme également avoir été marié à une autre femme avant de l'épouser et qu'il avait déjà trois enfants. Il accuse sa seconde épouse de ne pas prendre soin de ses beaux-enfants, envers lesquels elle se montre très agressive. Il précise que sa femme a également été mariée avant de le rencontrer et qu'elle avait un enfant issu de ce précédent mariage, enfant dont il s'occupe aujourd'hui. Il accuse son épouse de ne pas l'aimer. Il s'affirme prêt à verser 3,000 Shillings par mois pour l'entretien de son enfant. Il demande au tribunal :

- 1. La dissolution de son mariage ;*
- 2. Un certificat de divorce ;*
- 3. Toute autre assistance jugée nécessaire.*

Le 30 mars 2006, la répondante fournit sa défense. Elle accuse son mari de l'avoir quittée depuis les deux dernières années et de ne lui fournir aucun entretien matériel. Elle l'accuse également d'adultère et de l'avoir expulsée du domicile conjugal. Elle nie porter préjudice à sa situation financière et affirme que, au contraire, son ex-époux ne lui donne pas d'argent pour son entretien et celui de leur maison. Elle affirme que son ex-époux n'a que deux enfants issus de son premier mariage, et non trois ainsi qu'il l'affirme. Elle dit s'occuper des enfants du premier mariage de son ex-époux comme de ses propres enfants. Elle affirme également que son mari ne veut pas accepter l'enfant qu'elle a eu avant de l'épouser. Elle affirme enfin aimer son mari, contrairement à ce que celui-ci a insinué.

Sur consentement des parties, une audition se tient le 14 juin 2006, en présence du plaignant et de la répondante.

Plaignant :

« Je m'appelle Abdullahi Ali. Je vis à Lavington. Je travaille dans une ONG. Je suis le plaignant dans cette affaire. La répondante est mon ex-femme. Je l'ai épousée en 2003 et je l'ai répudiée le 8 mars 2006. J'ai envoyé une lettre de divorce à la répondante. Nous avons un enfant de deux ans et demi. Nous vivons aujourd'hui séparément. L'enfant vit avec sa mère. La dot était de 8,000 Shillings, que je n'ai pas encore payés. Je suis prêt à les payer. Je demande la permission d'enregistrer notre divorce. Je demande aussi un arrêt pour que la paix soit maintenue entre nous deux ».

Deposition de la répondante :

« Je m'appelle Fatuma Dokota. Je vis à Kawangware. Je suis la répondante dans cette affaire. Le plaignant est mon ex-mari. Il m'a épousée en 2003 et m'a répudiée le 8 mars 2006. Le divorce n'a pas encore été enregistré. Je n'ai pas reçu ma dot de 8,000 Shillings et je la demande. Je demande également mes effets personnels, que j'ai laissés chez le plaignant. Je demande aussi les biens de mon enfant. L'enfant vit avec moi. Je demande enfin qu'un certificat de divorce me soit remis ».

Contre-interrogatoire du plaignant :

« Ce n'est pas vrai que certains biens de la répondante sont chez moi. Elle a pris tout ce qui lui appartenait. Il y a seulement le lit de l'enfant, un matelas et du linge pour le lit. Elle a d'ailleurs pris l'un de mes cadeaux, d'une valeur de 3,000 \$, que je demande ».

Réponse de la répondante :

« Je reconnais que j'ai ce cadeau, mais je lui rendrai lorsque je récupérerai mes biens ».

Le même jour, un jugement est prononcé par le Kadhi :

Upon hearing the parties, this is a divorce case and its consequences. The plaintiff divorced his wife on the 8th of March 2006, a fact which was admitted by the defendant. Therefore this court shall have to make the following orders concerning the said divorce:

- The marriage was broken with effect from the 8th of March 2006 and a divorce certificate should be issued,
- The plaintiff to pay to the defendant the unpaid dowry of Ksh. 8,000/- within three month, with effect from the 14th of June 2006,
- Each party to surrender personal items belonging to one another,
- Issue of the child to be determined by Children's Court,
- Each party to give peace to the other.

39. Civil Case 32/2006

Huzeila A. Salahaddin (plaignante) vs Hassan Mohamed (répondant)

Objet : Divorce, entretien pour la femme et son enfant.

Affaire ouverte le 14 mars 2006. Affaire sans avocat.

Les parties se sont mariées à Mombasa le 22 septembre 2002 et ont deux enfants (Mohammed Hassan, 3 ans et Rahma M. Hassan, 6 mois).

Dans sa lettre, datée du 14 mars 2006, la plaignante accuse son mari de lui mentir et de consommer de l'alcool. Elle lui reproche également de parfois rentrer à des heures tardives de la nuit, sans lui donner de raisons valables. Elle l'accuse d'avoir des comportements contraires aux enseignements de l'islam. Elle affirme être battue et humiliée par son mari. Elle reproche à son mari de ne pas avoir de considération pour elle et ses enfants. Elle l'accuse encore de ne pas la consulter pour tout ce qui concerne les dépenses de leur ménage. Elle affirme que les amis de son époux ne sont pas fréquentables et qu'il sort avec eux pour consommer de l'alcool. Elle l'accuse de négligence, dans la mesure où ils ne sortent jamais ensemble ou avec leur famille. Elle affirme également que son mari l'insulte et qu'il ne lui donne que peu d'argent pour sa nourriture. Elle affirme enfin que son époux refuse qu'ils obtiennent un certificat de mariage et qu'il n'a aucune intention de lui verser sa dot. Pour toutes ces raisons, elle a quitté le domicile conjugal. Elle se dit concernée pour l'avenir de ses enfants, qu'elle souhaite élever selon les préceptes de l'islam. Elle demande au tribunal :

- 1. De faire comprendre à son époux qu'il a des obligations matrimoniales et qu'il doit entretenir sa famille, même s'il en est loin ;*
- 2. De demander à son époux d'accepter de remplir un certificat de mariage et d'obtenir un certificat de naissance pour leur enfant ;*
- 3. De demander à son époux de payer sa dot ;*
- 4. Dans l'éventualité où son époux souhaite divorcer, que ce dernier lui verse son Edda et continue à entretenir leur enfant.*

Après que la plainte ait été déposée, aucune des deux parties ne s'est plus présentée au tribunal.

40. Case 61/2006

Adan Eidin Mahamud (plaignant) vs Halima Adan Amin (répondante)

Objet : Conciliation entre les époux.

Affaire ouverte le 17 mai 2006 et jugée le 21 septembre 2006. Affaire sans avocat.

Les parties se sont mariées à Nairobi (Mathare North) en décembre 1992 et ont quatre enfants.

Dans sa plainte, datée du 17 mai 2006, le plaignant affirme que leur couple a de nombreux problèmes, ce qui a conduit son épouse à demander le divorce. Il dit avoir tenté de sauver leur union et avoir, à cette fin, invité des anciens de son côté et de celui de son épouse, ainsi que plusieurs Imams locaux, en tout une vingtaine de fois, mais sans succès. Sa femme n'a cessé de demander leur séparation, y compris en présence des anciens des deux camps. Son épouse a quitté le domicile familial, sans sa permission ce qui, à ses yeux, est illégal au regard de la religion. C'est pourquoi il demande au tribunal de le prévenir contre tout comportement qui pourrait nuire à ses enfants ou à ses biens, des suites de la décision de son épouse.

Il formule ensuite sa requête. Il précise tout d'abord ne pas être prêt à divorcer, en raison des préjudices que subiraient leurs enfants. C'est pourquoi, il demande au tribunal de sauver leur union et d'ordonner à la répondante de ne pas quitter le domicile conjugal sans l'autorisation de son époux.

En réponse, la répondante reconnaît avoir demandé à son époux de divorcer, mais en précise les raisons. Selon elle, son mari n'assume pas ses responsabilités d'époux, par exemple il ne prend pas en charge les frais d'entretien de la famille, tels que les factures ou les vêtements. Elle affirme également ne pas avoir de relation intime avec son époux : ils ont dormi dans des chambres séparées depuis sept ans et la dernière fois qu'ils ont eu des relations sexuelles était il y a sept ans, juste avant la naissance de leur enfant. Elle explique que le paiement du loyer a toujours été un problème, non par manque d'argent, mais parce que son époux refusait de le payer et que si elle le lui rappelait, il la frappait. Elle prétend également que chaque fois qu'ils ont une dispute, son mari la quitte, elle et ses enfants, en les laissant sans nourriture. Elle dit encore que son mari l'insulte, ce pourquoi des anciens et des Imams ont été convoqués plus d'une vingtaine de fois. Elle reconnaît que son mari promet de changer, mais en réalité les choses ne font qu'empirer. Les anciens lui ont conseillé d'être patiente et de rester avec son époux pour le bien des enfants. Mais elle répète que son mari ne lui laisse pas d'argent pour payer les factures et les dépenses quotidiennes lorsqu'il quitte le domicile le matin. Il donne simplement vingt shillings à chacun de ses enfants, mais leur demande de ne rien partager avec leur mère. Le soir, il achète et prépare sa nourriture lui-même et demande aux enfants de ne pas nourrir leur mère. C'est pourquoi, elle affirme que la seule vérité dans ce qu'a dit son mari est qu'ils se sont mariés en 1992 et qu'ils ont eu quatre enfants. Elle dit que son mari n'est pas prêt à sauver leur mariage et en fournit les explications. Tout d'abord, son mari lui dit qu'elle a le SIDA et qu'elle n'est qu'une prostituée. Ensuite, il insulte sa famille, ses parents et ses frères et sœurs. Enfin, étant donné que son époux ne lui donne pas d'argent pour son entretien, elle a dû retourner chez ses parents, afin que ceux-ci vendent une partie de leur bétail et lui donnent un peu d'argent. C'est pourquoi, elle demande au Kadhi de lui expliquer si ce que fait son époux est permis par l'islam.

Une audition a lieu le 9 juin 2006, en présence des deux parties.

Déposition du plaignant :

« Je m'appelle Adan Eidin Mahamud. Je vis à Ruaraka. Je travaille comme aide-comptable dans un supermarché. Je suis le plaignant dans cette affaire. La répondante est ma femme depuis le 6 décembre 1992. La répondante est toujours mon épouse et nous vivons ensemble avec quatre enfants. Les quatre enfants vont à l'école. Ma femme, la répondante, a l'habitude de se rendre à Wajir sans ma permission. La répondante autorise des personnes à venir chez moi sans autorisation ou sans que je le sache. La répondante insiste sur un divorce, ce avec

quoi je ne suis pas d'accord. Je veux rester avec elle et je souhaite qu'elle demeure une femme obéissante et une bonne mère pour mes enfants. Je nie toutes les allégations faites par la répondante dans sa réponse, à l'exception de quelques unes. Je subviens à ses besoins, que ce soit pour la nourriture, le loyer, l'éducation des enfants, etc. C'est vrai que nous n'avons pas eu de relations sexuelles depuis six mois ».

Déposition de la répondante :

« Je m'appelle Halima Adan. Je vis à Mathare North. Je suis la répondante dans cette affaire. Le plaignant est mon mari depuis 1992. Nous avons quatre enfants. Je vis toujours avec lui. J'ai rencontré beaucoup de problèmes et de difficultés à cause du plaignant. Le plaignant m'accuse de mauvaises choses, il dit par exemple que je suis une prostituée ou que je suis infectée avec le SIDA, etc. J'en ai assez de vivre avec lui et j'aimerais qu'il divorce. Les anciens ont tenté de trouver une solution à notre différend, mais sans réponse positive de la part du plaignant. C'est pourquoi je demande la dissolution de notre mariage, étant donné que nous n'avons pas eu de relations intimes depuis 6 mois. Je n'ai pas de témoin ».

Audition du premier témoin :

« Je m'appelle Mohamed Dalka Hassan. Je vis à Huruma. Je connais le plaignant depuis maintenant environ un an et je connais la répondante depuis longtemps. Je faisais partie des anciens qui se sont réunis chez le plaignant pour trouver une solution au différend entre les parties. Le plaignant se plaignait de sa femme, il disait qu'elle sort sans sa permission. Le plaignant accusait la répondante de nombreuses choses et disait qu'elle était infectée par le SIDA. Le plaignant nie me connaître bien que nous nous soyons rencontrés chez lui. La réunion avait conclu deux choses, soit les parties vivent en paix, soit elles divorcent ».

Contre-interrogatoire du témoin par le plaignant :

« Oui, j'ai entendu le mot SIDA, vous avez dit que votre femme avait le SIDA. Vous ne nous avez jamais apporté de thé, jusqu'à ce que Sheikh Mukhtar paye 100 Shillings pour notre thé ».

Le second témoin est entendu le 16 juin 2006 :

« Je m'appelle Mohamed Gabo. Je vis à Mathare North, Phase 3. Je suis voisin des parties et je les connais bien. Je suis l'un des anciens qui a pris part à cette réunion pour tenter de les réconcilier. La répondante a réagi positivement aux discussions. La dernière fois que j'y ai participé, la répondante a protesté et a demandé le divorce ».

Contre-interrogatoire par la répondante :

« J'ai participé à vos discussions plusieurs fois. Vous avez répondu positivement. Lors de la dernière réunion, vous avez nié vous être réconciliée avec votre mari. Le plaignant a été considéré coupable et condamné à une amende de 5,000 Shillings ».

Le même jour, les deux parties exposent leurs déclarations finales.

Plaignant :

« Je ne suis pas d'accord avec la plaignante sur la question du divorce et, au contraire, je lui demande de retirer sa contre-demande de divorce. Je suis disposé à faire ce qu'elle veut si elle accepte de m'obéir et de me respecter en notre nom ».

Répondante :

« Je ne suis pas prête à changer ma décision de divorcer du plaignant. Je n'ai plus d'amour pour le plaignant après qu'il m'a accusée de tant de mauvaises choses, comme d'avoir le

SIDA ou d'être une prostituée. Je ne peux pas vivre avec le plaignant comme sa femme parce qu'il n'y a pas d'affection entre nous et nous n'avons pas eu de relations sexuelles depuis plus de six mois maintenant. C'est pourquoi je demande que ce mariage soit dissout ».

Le Kadhi rend son jugement le 21 septembre 2006, en présence des deux parties :

Upon hearing the parties and these submissions, this is a matrimonial case filed by the plaintiff who is a legal husband to the defendant. The parties are still living together to date but with no understanding, intimacy, love and respect. The parties have not had intimacy relationships such as sexual intercourse for seven years now as admitted by the plaintiff. The plaintiff is praying for salvage of this marriage if possible and guidance of the parties out for the right way forward. Therefore, this court has guided the parties on reconciliation, but the defendant is not ready for reconciliation due to what she has experienced from the plaintiff, regarding abuse, insult, lack of love and intimacy, rather she will prefer divorce and termination of the marriage.

This court has concluded that the parties cannot reconcile and the defendant shall be at liberty to file for dissolution in afresh suit against the plaintiff. Therefore this marriage between the parties in this suit is still valid until the defendant files for divorce or dissolution and be granted.

41. Civil Case 62/2006

Mohamed Tariq Mohamed (plaignant) vs Salwa Wanjiku (répondante)

Objet : Conciliation.

Affaire ouverte le 4 mai 2006, à l'initiative de l'époux. Affaire sans avocat.

Le mari reproche à sa femme de ne pas lui parler de ses problèmes, d'avoir changé et de ne plus être comme au moment de leur mariage. Il souhaiterait qu'aucun membre de la famille de sa femme ne vienne chez eux, car il pense que tous les problèmes viennent du frère de celle-ci, qu'il a pourtant toujours traité comme un fils. Il devrait donc décider quand voir les membres de la famille de son épouse. Il souhaiterait que sa femme arrête de le traiter comme un ennemi, car il l'aime. Il ne souhaite pas quitter sa femme à cause de cette petite dispute, mais il se dit prêt à faire ce qu'elle souhaite qu'il fasse, prêt à stopper leurs disputes, prêt à arrêter de sortir seul et prêt à la consulter sur les prises de décisions. Mais en retour, il faudrait qu'elle se comporte de la même manière et ils devraient pouvoir être en mesure de sauver leur mariage. Il demande au tribunal de les conseiller, afin qu'ils puissent reconstruire leur union. Il souhaite que tous les deux prennent conseil, de façon à sauver leur mariage.

Le 30 mai 2006, devant le Kadhi, les deux parties signent un accord par lequel elles s'engagent à tout faire pour sauver leur union :

« This agreement is being made for that I Mohamed Tariq Rajpul do accept that I have made mistakes in my marriage and do accept to change and give or look after my wife and family in the best way that I can and do promise never to fight, argue, get temperamental with my wife. If I do break this agreement, then my wife has the right to take any action and throw me out, not her to go. Also my wife agrees to love, care and not argue, support her husband in everything we do, she will also be open to discuss issues and not hold them in. this agreement has been made in front of the Kadhi, if the agreement is broken by either party, then the Kadhi can take action. We both pray Allah to guide and assist us to achieve our goals ».

Cet accord est également signé par le Kadhi. Cependant, le 4 juillet 2006, la répondante envoie un courrier pour sa défense, dans lequel elle conteste les accusations de son époux. Elle affirme ne pas parler de ses problèmes à son époux car elle a peur de lui. Elle explique que son mari la menace et ne l'autorise pas à avoir d'amis ou de recevoir sa famille chez eux. Elle dit également que sa famille refuse de voir ou de parler à son mari, en raison de la façon dont il la traite. Elle explique que, pendant quatre mois, son frère a vécu chez eux et son mari avait souhaité qu'il reste pour l'aider. Mais son époux se plaignait tout le temps de son frère. Elle déplore encore le fait que son mari cherche à la contrôler. Il décide lorsqu'elle peut voir sa famille et lorsque cela lui est interdit. Mais la famille de son époux est toujours la bienvenue chez eux, qu'elle le souhaite ou non. Elle doit les accueillir, les occuper et leur préparer les repas, et si jamais elle se plaint, cela devient toute une histoire et son mari finit par la battre. Elle affirme que son époux est son ennemi et qu'elle n'a pas de preuve de son amour. Elle explique que son époux l'insulte et la maltraite, de même qu'il insulte ses propres enfants, ce pourquoi elle ne peut pas lui faire confiance. Elle affirme simplement ne plus pouvoir le supporter, car il n'est pas bon pour sa vie et pour celle de ses enfants (« Il n'est pas d'accord pour me quitter pour de petites disputes, qui ne sont pas petites selon moi. Cela m'affecte beaucoup et je suis toujours inquiète de ne pas savoir ce qui sera après. Je ne peux pas aimer mes enfants ou être heureuse avec eux parce que je vis avec quelque'un qui m'opprime (...). Je ne veux rien faire. J'ai fait tout ce que je pouvais et plus que je devrais pour que ce mariage fonctionne. J'ai mis ma vie en suspens, j'ai mis de côté mes parents et tous ceux que je connais et je ne vivais que pour lui et je faisais tout ce qu'il voulait que je fasse. Je suis désolée, mais je ne peux rien faire de plus, pour moi et pour mes enfants. Il n'est pas bon pour nos vies »). Elle demande au Kadhi de lui rendre justice et de l'aider pour ce qui est le mieux pour elle et ses enfants. Elle insiste sur le fait qu'elle ne souhaite pas être conseillée, mais qu'elle souhaite simplement divorcer (« Je n'ai pas besoin et je le répète, je n'ai pas besoin de quelque sorte de conseil parce que je sais ce que je veux et ce que je veux c'est le divorce et que Mohamed Tariq Rajput soit loin de moi »). Elle rappelle l'accord qu'elle a co-signé avec son époux devant le Kadhi et explique que la situation n'a pas changé et que son mari la bat toujours.

NYERI

42. Civil Case 6/2002

Rajab Hussein Gakam and others (plaignants)

Objet : Héritage.

Affaire ouverte le 4 mars 2002 et jugée le 28 novembre 2003. Affaire sans avocat. Les plaignants affirment que depuis le décès de Hussein Mutunga Njoroge le 1^{er} novembre 1979, la propriété de ce dernier n'a jamais été partagée entre les héritiers. C'est pourquoi, ils demandent le partage de ces biens. Le défunt avait deux épouses et quatorze enfants. Les deux épouses du défunt sont également décédées (en 1993 pour la première femme, Salama Njoki Mutunga, et en 1976 pour la seconde épouse, Zainabu Gathoni Mutunga). La première épouse avait trois enfants : deux filles, Khadija Wanjiru Hussein (décédée en 1991) et Mariam Ibrahim Twala et un garçon, Jeilani Hussein (disparu depuis 1993, mais sans que l'on sache s'il est toujours en vie). La seconde épouse avait onze enfants, dont deux sont décédés (Hadija Hussein et Suleiman Hussein). Le nombre total d'enfants (des deux épouses) toujours en vie est donc de dix. Le défunt a laissé plusieurs propriétés, en particulier des terres à Kiambu et à Kutus, ainsi qu'un terrain à Nairobi (Eastleigh) et un terrain à Kutus. Le

principal plaignant, Rajab Hussein Gakam, demande donc au tribunal de partager les biens du défunt entre lui et ses sœurs, au regard des règles du droit islamique en matière de succession.

Le 3 octobre 2003, Rajab Hussein Ali Hussein, Mohamed Hussein, Sahri Hussein et Mohamed Ibrahim Mariam exprime leur requête : ils souhaitent la distribution de la propriété de leur père défunt, Hussein Mutunga, décédé en 1979.

Le 21 octobre 2003, se déroule une audition.

Rajab Hussein Ali Hussein :

« Notre défunte mère Zainab Gathoni Hussein est morte en 1976 et notre défunt père Hussein Mutunga Njoroge est mort en 1979. Notre belle-mère, Salama Njoki Hussein, est morte en 1993. Il existait une héritière du nom de Khadija Wamjeri Hussein. Les trois parents sont morts et ont laissé les dix héritiers suivants :

1. Mariam Hussein, fille – 60 ans
2. Adan Hussein, fils – 52 ans
3. Omar Hussein, fils – 47 ans
4. Ali Hussein, fils – 44 ans
5. Asha Hussein, fille – 40 ans
6. Ashu Hussein, fille, 37 ans
7. Rajab Hussein, fils – 35 ans
8. Farida Hussein, fille – 31 ans
9. Mohamed Hussein, fils – 30 ans
10. Suleiman Hussein, fils – 28 ans

Les héritiers qui étaient vivants à la mort de leurs parents mais qui sont depuis décédés sont:

1. Haya Hussein, morte en 1991 et qui a laissé trois enfants qui sont des filles;
2. Jarlam qui a disparu depuis 1993, mais qui a laissé trois enfants (un garçon et deux filles);
3. Suleiman Hussein qui est mort en 1992 sans laisser d'enfant.

Les propriétés :

1. Kutus terrain No. 40 qui mesure 50x100 pieds
2. *Shamba* à Kutus 5.2 acres INOI KAMONDU/522
3. terrain de location à Eastleigh section III L.R. No. 3/1206
4. un *shamba* au Karai Muslim village L.R. Kara/Gikambura/913.

- Ashu Hussein, 37 ans
- Farida Hussein, 31 ans
- Mohamed Hussein, 30 ans
- Sahni Hussein, 28 ans
- Ali Hussein, 44 ans
- Adam Hussein, 52 ans

Nous, les héritiers n'avons pas d'autre remarque à faire en ce qui concerne les héritiers et les biens laissés par nos défunts parents et sommes d'accord sur les déclarations faites par notre frère Rajab Hussein.

PRAY

We, as one hereby pray for the distribution of the estate as directed by the Islamic law of succession ».

Le 28 novembre 2003, le jugement est rendu par le Kadhi :

On this Friday 28th day of November 2003 at 11.00 a.m. this court hereby decided on this cause as follows:-

That the late Hussein Gakani (deceased) died and left behind the following surviving heirs after dying on 1st November, 1979:

Hadija Wanjeru Hussein	Ashu Hussein
Adam Hussein	Rajab Hussein
Omar Hussein	Farida Hussein
Ali Hussein	Mohamed Hussein
Asha Hussein	Sahin Hussein

That the deceased also left behind the following estate:

1. Plot L.R. No. 36/111/1206 situated at Eastleigh Section III, Nairobi
2. L.R. No. Karai/Gikambura/913 Kiambu district
3. Plot No. 40 Kutus-Kirinyaga district
4. L.R. No. INOI/KAMONDO/522-Kirinyaga district

That therefore, the family of the deceased who are the legal heirs of the estate agreed by consensus that they shall sale plots No. L.R. No. 36/111/1206 of Eastleigh Nairobi and L.R. No. Karai/Gikambura/913 of Kiambu district, and the produce thereof shall be utilized for individual construction of the share allotted to him in the *shamba* No. L.R. INOI/KAMONDO/522 of Kirinyaga district.

That plot No. 40 of Kutus shall be allotted to its current occupants who are the heirs to the estate herein. That L.R. No. INOI/KAMONDO/522 of Kirinyaga district measuring 5.2 acres is hereby distributed to the surviving heirs who are four female issues and six male issues.

That the distribution is based on the Islamic rule of succession whereas each male issue shall be allotted to that two female shares.

That as to the case in hand each male issue of the late Hussein Mutunga is allotted to 0.65 acres, while their female counterpart heir is allotted the prescribed portion of 0.32 acres each.

That the Authority of the Ministry of Land is hereby ordered to subdivide the said *shamba* among the heirs to the estate.

That portioning a pit of the land for boundary purpose is rested at the discretion of the Land's Officers.

That the subdivision shall be immediately effected.

Dated 28th November 2003.

It is so ordered.

R. A. OMAR, KADHI MONT KENYA REGION.

Annexe 15. Affaires et appels auprès de la Haute Cour

1. Civil Appeal 11/1979, Mehrunissa vs Parvez (*Nairobi*)
2. Probate and Administration Cause 1831/1996, In the matter of the estate of : Hemed Abdulla Kaniki (*Nairobi*)
3. Probate and Administration Cause 2258/1996, In the matter of the estate of Ishmael Juma Chelanga-Deceased (*Nairobi*)
4. Civil Appeal 31/2000, Fatma Yaghut Salim (Plaintiff) vs Nuru Mahfudh & others (Defendants) (*Mombasa*)
5. Civil Appeal 125/2000, Mohamed Hussein Abdi (1st Appelant) and Allias Bortron (2nd Appelant) vs Hassan Abdi Rage (Respondent) (*Meru*)
6. Civil Appeal 83/2001, Ali Said Salim Rukby (Applicant) vs Salim Said Salim Rukby and Fatma Said Salim Rukby (Respondents) (*Mombasa*)
7. High Court Divorce Cause 175/2001, Neema Nungari Salim vs Salim Ali Molla (*Nairobi*)

1. Civil Appeal 11/1979

Court of Appeal, at Nairobi
Mehrunissa vs Parvez

The plaintiff filed a case at the High Court against her husband seeking divorce by judicial decree on the ground of cruelty. At the onset she prayed for dissolution of the marriage, maintenance for both herself and the infant, custody of the child including care and control, and an award of Kshs. 10,000 Haq Mahr as well as costs of the suit.

However, before the court could decide on the matter, the parties entered into a voluntary understanding upon which divorce was procured through the husband pronouncing 'Talak' three times in succession. The parties further agreed that the wife be given custody, care and control of the infant until the said child attained the age of seven years. The husband agreed to pay maintenance for the child until the age of three years but that upon the expiring of the said period, either party would be at liberty to apply. It was also agreed that should either party remarry, then either party may apply for a variation of the custody agreement in accordance with the Mohammedan law. Having agreed in these terms a consent judgment setting out in detail such terms was entered in favour of the wife.

Some time later, the husband remarried thereby prompting an application by the wife for orders to allow her to leave the court jurisdiction with the child as well as payment of Kshs. 10,000 as Haq Mahr plus Kshs. 2,000 per month as maintenance for herself and the child. She also prayed for the costs of the suit.

This application was dismissed by the trial judge on the basis that the court could not interfere with the agreement earlier entered into by the parties especially given the fact that the said agreement was reached within the framework of the parties' religious dictates. The judge also held that the question of custody and movement of the child was a subject of the said agreement and the matter appeared to touch on matters of international law hence giving rise to conflict of laws. Having dismissed the application, the judge awarded costs to the husband.

The wife appealed against the decision. At the Court of Appeal, the appeal was limited to the application for leave to take the child of the marriage out of the court's jurisdiction.

Held :

1. That the matter before the court was primarily one of custody of an infant and that under Section 17 of the Guardianship of Infants Act, the first and paramount consideration is the welfare of the child.

2. That even where the court is faced with a difficulty arising out of a difference between the personal Mohammedan law of the parties on the one hand and the provisions of the Guardianship of Infants Act on the other, the court need not look further than the welfare of the child.
3. That neither the right of either party arising out of the Mohammedan law or common law is paramount consideration in deciding questions of custody nor does it take precedence over the welfare of the child. *Bazim v. Sultan* [1960] EA 801.
4. That custody of a child of tender years should always be a mother's right except where she has, through her own misconduct, divested herself of such right. That other than being an accepted principle under Mohammedan law, it is also in the best interest of the child of tender age to be with his mother who has greater affection for him than any other person including the father who in this case had not even sought custody.
5. That the matter before the court was a purely matrimonial dispute between parties of the Muslim faith and that there was nothing to do with international law hence no conflict of laws.
6. That at all times the court has the inherent jurisdiction to reach out in aid of an infant so as to protect the interest of the infant notwithstanding lack of a legal right to do so.
7. That in holding that weighty considerations arose because the infant's father was a Kenyan citizen, the trial judge had misdirected himself and had overlooked the provisions of Section 17 of the Guardianship of Infants Act which stipulates that such considerations could not prevail over the welfare of the child.
8. That the trial judge ought not to have awarded costs of the suit against the wife as this was against normal practice in matrimonial proceedings.

Appeal allowed.

April 17, 1980, Madan J.A. delivered the following judgment :

The appellant is a divorced Muslim wife of the respondent Muslim husband (thereafter referred to as the wife and husband respectively).

The wife instituted the above suit against the defendant claiming divorce by judicial decree on the ground of cruelty. She prayed for her marriage to be dissolved, maintenance for herself and the child of the marriage MOhamed Nabil born November 5, 1976, the custody, care and control of the child of the marriage and Kshs. 10,000 Haq Mahr, and costs of the suit. While the proceedings were pending the parties reached an amicable arrangement whereby the husband divorced the wife by pronouncing 'Talak' three times in succession. The other terms agreed between them insofar as relevant were :

- « 1. The plaintiff is given the custody, care and control of Mohamed Nabil the male child of the marriage until he attains the age of seven years in accordance with the Shariat.
2. The defendant will have access...
3. The plaintiff will not remove the said child of the marriage from the jurisdiction of this court without the permission of this court.
4. The defendant will pay the plaintiff Kshs. 300 per month by way of maintenance of the said child of the marriage... until the child attains the age of three years with liberty to either party to apply thereafter.
5. In the event of remarriages of any party the other shall have the right and liberty to apply to this court for any variation of the order relating to custody and maintenance of the said child of the marriage in accordance with Mohammedan law and customs applicable to the Sunni sect.

6. The plaintiff relinquishes all claims of whatever nature past, present or future in relation to the marriage and its dissolution.

7. Each party bears its own costs of this action ».

A consent judgment was entered on January 16, 1978, in favour of the wife in the terms of a consent letter dated December 8, 1977 which embodied the foregoing terms agreed between the parties.

The husband remarried on July 16, 1978.

The wife on June 21, 1978 filed chamber summons in court asking for orders :

- « 1. Allowing her to leave the country with the infant child of the marriage.
2. For the payment of Kshs. 2,000 per month by way of maintenance for the child and herself with effect from April 1977.
3. Payment by the husband of Kshs. 10,000 Haq Mahr'a sum which the respondent (husband) undertook to pay the defendant at the time of the marriage which sum is payable under the Islamic law.
4. Costs of application ».

Miller J. dismissed the wife's application giving the costs of it to the husband. The learned judge during the course of his ruling said :

« This matter bears flavours of procedure, jurisdiction and conflict of laws... As I have perhaps insufficiently already intimated this matter touches a certain aspect of international law particularly as the assimilating rules of Cap. 156 (The Mohammedan Marriage, Divorce and Succession Act) have not yet been made thereby leaving occasions of resort to the jurisdiction of this court a matter of will or caprice.

If the assimilating rules were already in existence or the application made under the Guardianship of Infants Act, Cap. 144, I incline to the view that I would have found and assumed regularity in differing systems of law and treat the application tempted as I am with reference to Sections 8, 10, 11 and 17 of the Act (Cap. 144).

They have executed the agreement with specific reference and regards to the tenets of their common religious rules and much as I am inclined to the view that the inherent jurisdiction of the court may reach out in aid of any infant whatever within the jurisdiction such a step appears inappropriate in this case as the agreed impositions and restrictions on the aspect of the custody and movement of the infant have been made within the framework of the personal law of all three residents within the jurisdiction.

There is also the point made by Mr. Vohra that the infant's father is a Kenyan citizen, and so has to this weighty considerations arise ».

The appeal before us is limited to the application for leave to take the child of the marriage out of the jurisdiction of the court.

I cannot see that any question of conflict of laws arose or that the matter before the learned judge touched any aspect of international law. It was a straight forward matrimonial dispute between a wife and her husband both of the Muslim faith and both resident of Kenya.

If the judge felt any differences existed between the personal Mohammedan law of the parties in this case and the provisions of the Guardianship of Infants Act he should have found no difficulty not only in following Savigny's theory as he expounded it by assuming regularity in the different systems of law, if any, involved here but gone ahead and said so in view of the provisions of Section 17 of the Act which says :

« 17. Where in any proceeding before any court the custody of upbringing an infant... is in question, the court, in deciding the question, shall regard the welfare of the infant as the first and paramount consideration whether from any

other point of view the claim of the father, or any right at common law possessed by the father, in respect of such custody, upbringing... is superior to that of the mother, or the claim of the mother is superior to that of the father ».

It was a misdirection to say that it appeared inappropriate to reach out in aid of the infant in this case as the agreed movement of the infant had been made within the framework of the personal law of all of three residents within the jurisdiction. The paramount consideration should have been the welfare of the infant. The learned judge should have followed his inclination and allowed the inherent jurisdiction of the court to protect the interest of an infant even when there is not a legal right.

If the learned judge's attention had been drawn to the decision in *Abdul Rehman Bazni v. Sultan* [1960] EA 801, he would probably have decided differently. In that case the former Court of Appeal held :

« (i) by Section 17 of the Guardianship of Infants Act 1959, the welfare of the child is the paramount consideration for the court. Per Sir Kenneth O'Connor P : at p. 807 : The Guardianship of Infants Act applies with full force to Mohammedan, not less than to other, infants and under Section 17 the welfare of the child and not the right under Mohammedan law of either parents is a paramount consideration in deciding question of custody ».

It was also a misdirection to state that weighty considerations arose because the infant's father was Kenyan citizen for it ran contrary to the express injunction in Section 17 that the court :

« shall not take into consideration whether from any other point of view the claim of the father... in respect of such custody, upbringing, is superior to that of the mother, or the claim of the mother is superior to that of the father ».

The wife swore an affidavit in support of her chamber summons. She deposed inter alia that she stopped working as a secretary upon her marriage and all her savings were taken away by her husband upon their marriage; that she is almost a destitute person depending upon her sister and her husband in Nairobi, having been driven out of the house only in the clothes which she had and the child were wearing at the time; that she is a British subject and wishes to settle in England, where, she believes, she will be able to start a new life. The British High Commission have advised her to obtain leave of the court to take her child with her.

As regards leave to take the child out of the jurisdiction of the court, I would respectfully adopt the following words of Lord Scarman in *Duvort Steels Ltd v. Stirs* [1980] 1 WLR 142:

« my basic criticism of the learned judge is that in his desire to do justice he failed to do justice according to law ».

I would give leave to the wife to take the child of the marriage, Mohamed Nabil, out of the jurisdiction of the court for the following reasons. First, the paramount consideration is the welfare of the child who is, in this case, of tender years and the wife is his natural mother. She must have greater affection for him than any other person including the father; in his replying affidavit the husband made no claim to be given the custody of the child, he did not refer to the mother at all; from the point of view of upbringing, from the point of inducement and natural love and affection, and from the point of view of sympathy and understanding, the child will be much better off left in the custody of his natural mother for the time being and until he attains the age of seven years. To me it is unthinkable that he should be deprived of the care, love and affection of his natural mother at his present tender age. It would be a new and unnatural environment for him to live in the household of the father with a woman who will be his step-mother which would seem to be the only alternative if the wife is not allowed to take him with her to England. The child will also have better and more easily accessible educational opportunities in England. There is no new idea. The parties freely agreed that the custody of the child should remain with the wife up to the age seven years albeit within the jurisdiction of the court. It is the accepted doctrine that the mother's *hizanat* of a male child

ends with the completion of his seventh year (Ameer Ali 2, Mohammedan Law, p. 259). The mother is of all persons the best entitled to the custody of her infant children during the connubial relationship as well as after its dissolution (2 Fatawai Alamgiri, p. 728). The mother is entitled to the custody (hizanat) of her male child until he has completed the age of seven years. The right continues though she is divorced by the father of the child. (Mulla, Principles of Mohammedan Laws, 352, p. 295). And when the tenderness of their age or the weakness of their sex, renders a mother's care necessary, the Mohammedan law supports the mother's natural right to the custody of her children and allows it to take precedence of the paternal right for a certain specified time.

The mother therefore is entitled in preference to the father to the custody of her infant male child under seven years of age founded essentially on the interest of the child... A mother is entitled to the custody of the person of her minor children away from her except (Ameer Ali – supra), pp. 294, 296, 611 and 292).

I am not prepared to assume at this stage, about four years in advance of the event, that the wife will not observe her obligation when the time arrives for her to do so.

There is one point I would mention. With respect. Miller J. ought not to have awarded the costs of the chamber summons to the husband; to the wife, yes, pursuant to the normal practice in matrimonial proceedings. The order of costs against the wife should be set aside.

I would vary the order of the High Court by giving leave to the wife to remove the child of the marriage from the jurisdiction of the court. I would also award the costs of this appeal as well as costs of the chamber summons in the High Court to the wife.

Law J.A. I agree with the judgment prepared by Madan J.A. in all respects. I have no doubt that the welfare of the child, now aged three years and five months, will best be served by him being allowed to leave the jurisdiction in the custody of his mother who is debarred from engaging in employment in Kenya and who has no real alternative but to live in the United Kingdom of which country she is a citizen. It would not be in the interest of the child's welfare for him to be taken away from his mother at his present age. I concur with the order proposed by Madan J.A.

Potter J.A. I also agree. April 17, 1980

2. Probate and Administration Cause 1831/1996

In the High Court of Kenya at Nairobi

In the matter of the estate of Hemed Abdulla Kaniki

RULING

The application before this court is the Chamber Summons dated 21.3.2000 filed by messrs Muhanji-Kasango on 22.3.2000. It seeks three prayers.

1. Substitution of the name of the interested party. This prayer has been allowed by consent and no longer concerns us.
2. Termination of proceedings in the High Court.
3. Transfer of proceedings from the High Court to the Kadhi's Court.

Before going any further I must point out that if proceedings are terminated there is nothing to transfer to the Kadhi's Court. I will therefore proceed on the basis that prayer 3 is the main prayer.

This application is based on the undisputed fact that one Hemed Kaniki Abdallah died professing the Muslim faith. The parties to this dispute are all related to the deceased. The main question in dispute is whether the deceased held plot No. B2/4 (A&B) California absolutely or as trustee for the descendants of the common grandfather of the parties namely Abdallah Nzito Ndambo.

The Applicants claim that the deceased was a trustee of the said plot on behalf of themselves and the Respondents. The Respondents, who are the wife and son of the deceased, claim that the deceased owned the property absolutely and thus, it passes to the deceased's heirs.

The interested party has made this application on the basis that the Kadhi's court has exclusive jurisdiction to determine succession to the estate of a deceased Muslim. Act 21 of 1990 amended the law of Succession Act (LSA) to generally exclude Muslims from the application of the Act. Section 2(3) reads :

« subject to subsection (4) the provisions of this Act shall not apply to testamentary or intestate succession to the estate of any person who at the time of his death is a Muslim to the intent that in lieu of such provisions the devolution of the estate of any such person shall be governed by Muslim law ».

Subsection 4 reads, « Notwithstanding the provisions of subsection (3), the provisions of part VII relating to the administration of estates shall where they are not inconsistent with those of Muslim law apply in case of every Muslim dying before, on or after the 1st of January 1991 ».

We now turn to part VII LSA, which applies to Muslim unless it is inconsistent with Muslim law. Section 47 of that part grants the High Court jurisdiction to entertain any application and to determine any dispute under this Act and to pronounce such decrees and make such orders therein as may be expedient.

Section 48(2) provides that « For the avoidance of doubt, Kadhi's Courts shall continue to have jurisdiction in relation to the estate of a deceased Muslim for the determination of questions relating to inheritance in accordance with Muslim law and of any other question arising under this Act in relation to such estates ».

The LSA obviously intends that succession issues in relation to the estates of Muslims should be handled by the Kadhi's Courts. It also provides a right of appeal to the High Court and a further right of appeal on a question of Muslim law to the Court of Appeal.

However, the matter does not end there for it may be that the High Court and the Kadhi's Court have concurrent original jurisdiction where the deceased dies a Muslim.

Section 60 of the Constitution grants the High Court « unlimited original jurisdiction in civil and criminal matters and such other jurisdiction and powers as may be conferred by this Constitution or any other law ».

Section 66(5) of the Constitution provides that the jurisdiction of the Kadhi's Court shall extend to marriage, divorce or inheritance in proceedings in which all the parties profess the Muslim religion.

It is notable that the Kadhi's Courts were not granted exclusive jurisdiction over marriage, divorce or inheritance in relation to Muslims.

Is succession a civil matter? If so, then the High Court has unlimited original jurisdiction irrespective of the religion of the deceased according to our Constitution. And, of course, the Constitution takes precedence over any other legislation, such as the LSA.

I could not find a definition of « civil matter » anywhere in our Act of Parliament. Halbury's 3rd ed. Vol. 10, p. 271 et para 502 helpfully states that, « A civil proceeding has for its object the recovery of money or other property, or the enforcement of a right for the advantage of the person suing, while a criminal proceeding has for its object the punishment of a public offence ».

Applying the above distinction between civil and criminal matters, I find that succession issues are civil matters. Hence, this court has unlimited original jurisdiction over succession disputes. Such jurisdiction is unaffected by the concurrent original jurisdiction of the Kadhi's Court.

The effect is that potential heirs and beneficiaries of a deceased Muslim may choose to either start their proceeding in the Kadhi's Court or the High Court. If they decide to originate their

proceedings in this Court they would only have one chance of appeal from this court to the Court of Appeal. That is the choice of the Applicant.

I, therefore, dismiss this application, in so far as it relates to termination and/or transfer of proceedings, with costs.

Dated at Nairobi, this 22nd day of June 2000.

Alnashir Visram,

Commissioner of Assize.

3. Probate and Administration Cause 2258/1996

In the High Court of Kenya, at Nairobi

In the matter of the estate of Ishmael Juma Chelanga-Deceased

The widow of the deceased filed a petition for letters of administration under section 67(1) of the Law of Succession Act (Cap. 160) and Rule 36(3) of the Probate and Administration Rules.

The mother, brothers and sister of the deceased filed objections to the making of the grant under sections 66 and 68 of the Law of Succession Act and Rules 7(17) and 17 of the Probate and Administration Rules.

The issues before the court were; whether the widow and her brother were entitled to the grant of letters of administration and whether the mother of the deceased, his illegitimate daughters and brothers were entitled to a share of the deceased's estate.

Held:

1. The issue as to whether the marriage of the deceased to the petitioner was contracted in 1995 or 1983 was irrelevant, what was relevant in this cause was that at the date of the deceased's death the petitioner was his lawful wedded wife.
2. The petitioner, in her capacity as the widow of the deceased, was entitled to be issued with a grant of letters of administration intestate as petitioned irrespective of whether she returned to her husband's ancestral home or not.
3. The brother-in-law to the deceased may, under the provisions of the Law of Succession Act (Cap. 160) and under Islamic Law, be entitled to be appointed a co-administrator of the estate of the deceased jointly with his wife, however it is the finding of this court that he was not a suitable person to be so appointed.
4. The surviving mother of the deceased is entitled to a share of his estate under Islamic Law and moreover she was a dependant of the deceased entitled to a share of his estate.
5. It was established that the deceased was a Muslim at the time of his death. The Law of Succession Act does not apply to testamentary or intestate succession to the estate of any person who at the time of his death is a Muslim. In lieu of those statutory provisions, the devolution of the estate of any such person has to be governed by Muslim Law.
6. The provisions of part VIII of the Law of Succession Act relating to the administration of estates shall where they are not inconsistent with those of Muslim Law, apply to every Muslim as per section 2(3) and (4) of the Law of Succession Act enacted vide Act No. 21 of 1999.
7. Under Islamic Law a non-Muslim is permitted to inherit the estate of a Muslim.
8. An illegitimate child does not inherit the estate of his or her father but is permitted to inherit from his or her mother. The two illegitimate daughters of the deceased are therefore not entitled to a share of the deceased's estate under Islamic Law.

9. In view of section 82(4) of the Constitution, the two illegitimate daughters of the deceased cannot be heard to say that the application of personal law governing the intestate succession of the deceased which is Islamic Law, is discriminatory against them and is inconsistent with the Constitution.
10. The children born to the petitioner and the deceased were born during the subsistence of the marriage, hence are legitimate and entitled to inherit and have a share of his estate.
11. Under Islamic Law, a widow is entitled to anything their husbands gifted to them during their lifetime but for the rest she only owns that share which she is entitled to under the law of distribution according to the rules of Shariah.

May 24, 2002, Etyang J. delivered the following Judgment.

Ishmael Juma Chelanga (hereinafter throughout to be referred to as "the deceased") died on the 27th July, 1996 in a helicopter crash in Marsabit, within Eastern Province where he was the Provincial Commissioner in-Charge. A certificate of death No.B 393052 issued by the Principal Registrar of Deaths on 2nd August, 1996 gave his age to be 40 years at the time of death, and the cause of death to be : crash injury of the body, injury of the internal organs, 100% burns of the body in plane crash.

On the 22nd October, 1996 Zaina Mukami Chelanga (hereinafter throughout to be referred to as « Zaina ») and Swaleh Abubakar (to be referred throughout as « Swaleh ») filed a petition to letters of Administration intestate to be issued jointly to both of them through P&A Forms 80, in their respective capacities as the deceased's widow and Brother-in-law.

Along with Form P&A 80, Zaina and Swaleh filed a joint affidavit in support of their petition by filing P&A 5. At clause 5 of form P&A 5 they named the deceased's surviving beneficiaries or dependants, namely :

- | | |
|--------------------------------|-------------------------------------|
| (a) Zaina Mukami Chelanga | - wife |
| (b) Shamira Chepkemei Chelanga | - daughter aged 12 and a half years |
| (c) Rhahila Cheruto Chelanga | - daughter aged 9 and a half years |
| (d) Mohamed Kipkoskei Chelanga | - son aged 3 and a half years |
| (e) Mrs. Juma | - mother of the deceased |

Zaina and Swaleh then made a full inventory of all the assets and liabilities of the deceased at the date of his death and recorded them at clause 6 of form P&A 5, which in fact were they reflected as being only two assets, namely :

- (a) Uasin Gishu/Kipkabus/Scheme 41 valued at Kshs. 1.6 Million.
- (b) Eldoret/Block 6/40B valued at Kshs. 4000,000/- taking the total value of the deceased's assets at the time of his death to be Kshs. 2 Million.

On the 13th November, 1996 Zaina alone filed a petition for Letters of Administration *Ad Collingenda Bona* under section 67(1) of the Law of Succession Act Cap. 160 Laws of Kenya and Rule 36(3) of P&A rules.

She pleaded as follows in this petition :-

« I present this petition in my capacity as the widow of the deceased and by reason of the fact that, owing to the special circumstances of the case, the urgency of the matter as appears from the affidavit filed herein is so great that it would not be possible for the court to make a full grant to the person who is by law entitled thereto in sufficient time to meet the necessities of the estate of the deceased ».

In a supporting affidavit, Zaina deponed that the deceased was the sole breadwinner of the family and was in that capacity responsible for, among other things, the day to day household expenditure, paying water, electricity, and telephone bills, paying wages to seven farm workers, drivers, house help and watchman, buying farm input such as fertilizers, seeds, cattle

feeds and drugs, paying school fees for the children of the marriage and meeting their hospital bills, paying for car insurance cover and meeting the daily expenses of running two cars, purchasing family assets and paying off liabilities.

Zaina undertook to faithfully administer the estate, collect all the deceased's assets and apply it for the preservation, maintenance and improvement of the deceased's estate and for the upkeep and well being of the dependants of the deceased, especially that of the education of the minor children of the marriage.

On the 19th November, 1996 the petition for Letters of Administration *Ad Colligenda Bona* was heard by Hon. Mr. Justice Richard Kuloba, and a grant limited to purposes specified in Zaina's supporting affidavit was issued vide from P&A 47. This grant was issued :

« limited to the purpose only of collecting and getting in and receiving the estate, and doing such things as may be necessary for the preservation of the same and until further representation be granted by this court to Zaina Mukami Chelanga »

On the 20th December 1996 Martha Cherop Juma (hereinafter to be referred throughout as « Martha Cherop ») the mother of the deceased, filed an objection to the making of a grant as petitioned by Zaina and Swaleh on the 22nd October 1996 on grounds that Zaina and Swaleh did not inform her that they were petitioning for his grant, that Swaleh is not an heir to the deceased's estate and therefore is not entitled to apply, and that she Martha Cherop and two other children of the deceased, namely, Chebet Chelanga (to be referred to as « Cheber ») and Nuru Chelanga (to be referred to as « Nuru ») were also dependent on the deceased.

Along with that objection Martha Cherop filed a chamber summons under section 76 of the Law of Succession Act and Order 39 Rule 2 and 3 of the Civil Procedure Rules for revocation of the Letters of Administration *Ad Colligenda Bona* issued to Zaina on 19th December, 1996 ; for a permanent injunction to issue restraining Zaina and Swaleh, by themselves, their agents or servants from gathering, distributing or in any way dealing with the estate of the deceased and from withdrawing monies from the deceased's Bank Accounts.

Martha Cherop further prayed for an order that Zaina to render an account of all monies withdrawn and received by her on behalf of the Estate of the deceased. Martha Cherop supported her objection with a 20 clause affidavit. On 28th January, 1997 Zaina filed her grounds of objection to the prayers sought in the chambers summons dated 20th December, 1996 and a 23 clause Replying affidavit.

On the 25th February, 1998 Martha Cherop, Chebet and Nuru formally filed a petition by way of cross-application for a grant of letters of administration under Rule 17(5) of Probate and Administration Rules in their respective capacities as the mother and children of the deceased. This petition by way of cross application for a grant is supported by Martha Cherop's affidavit.

On the 10th June, 1999 Martha Cherop, Chebet and Nuru filed a chamber summons under sections 26, 27 and 47 of the Law of Succession Act and Rule 45(1) of Probate and Administration Rules essentially seeking reasonable provision to be made to them as the deceased's estate as the court thinks fit.

On the 4th May, 2000 another objection to making a grant to Zaina and Swaleh was filed by the deceased's brothers and sister under section 66 and 68 of the Law of Succession Act and Rules 7(17) and 17 of Probate and Administration Rules. These brothers are Saleh Kipkemoi Chepkole (to be referred to as « Chepkole »), Isaac Kiprotich (to be referred to as « Kiprotich »), Chelanga Juma Musa (to be referred to as « Musa ») and Joseph Koech Juma (to be referred to as « Koech »). The deceased's sister is Mary Hadija (referred to as « Hadija »). Their interests in the estate is that they are blood brothers and sisters of the deceased and therefore are beneficiaries and heirs of the estate of the deceased under Islamic Law.

The parties to this cause agreed to hear the above petitions and objections together and further agreed that *viva voce* evidence be adduced to determine all the issues in dispute, and so came to pass that the objectors and petitioners gave evidence and called witnesses to support their respective causes. The application for dependency was also heard together with the above.

The objector's interests were prosecuted by Mrs. Abida Ali Aroni and Miss Margaret Ndwiga advocates, while the Petitioner's interests were prosecuted by Mr. Cecil Miller Junior Advocate.

The following issues were framed for determination in this cause.

OBJECTORS' ISSUES

1. Whether Zaina, as the deceased's widow, and Swaleh, as the deceased's brother-in-law, are entitled to the grant of Letters of Administration Intestate.
2. Whether Martha Cherop, the deceased's mother, was a dependant of the deceased and entitled to a share of his estate.
3. Whether both Chebet and Nuru were the deceased's dependants entitled to a share of his estate.
4. Whether the deceased's brothers and sister are entitled to a share of the deceased's estate.
5. Whether Administrators with a limited grant of letters of administration *Ad Colligenda Bona* ought to give accounts of the estate.
6. Whether Zaina and the deceased were married the 23rd March, 1983 or on the 15th April, 1995.
7. Whether Zaina's children sired with the deceased before 15th April, 1995 are entitled to inherit the estate of the deceased.

PETITIONER'S ISSUES

1. Whether Martha Cherop is already sufficiently provided for in the estate of the deceased.
2. Whether there is any obligation by an administrator to provide any accounts to any person who comes to court under sections 26-29 of the Law of Succession Act, Cap. 160 Laws of Kenya.
3. Whether, under section 3(2) of the Law of Succession Act both Chebet and Nuru are the deceased's children who are entitled to inherit his estate, whether or not the deceased had expressly recognized, accepted them and had voluntarily assumed permanent responsibility over them.

In this ruling, I shall attempt to follow the pattern in which these issues have been recorded but where it is necessary to deal with the objectors and petitioners specific issues together, I shall do so.

The objectors' first issue of determination is whether Zaina and Swaleh are entitled to the grant of letters of administration intestate to jointly administer the estate of the deceased. As far as Zaina is concerned, these objectors have given evidence and have given their reasons why a grant ought not to be issued to Zaina. These objectors are Martha Cherop, Joseph Koech Juma and Saleh Kipkemai Chepkole. They have essentially given three grounds of objection.

- (i) That since the burial of the deceased in West Pokot, Kapenguria, Zaina has deserted the deceased's rural home. It is the objectors' case that Zaina, without just cause, has ran away from the deceased's home and has cut off all communication with the deceased's family members. They have each informed the court that Zaina is welcome back to Kapenguria, adding that

- should she return and resume her residence there, they will certainly have no objection to the issuance of a grant of letters of administration to her.
- (ii) That Zaina has taken away the deceased's children from the deceased's family and from Kapenguria. The objectors are on record saying that they will withdraw their objection the moment Zaina takes the deceased's children to Kapenguria, the deceased's ancestral home where he is buried.
 - (iii) That Zaina has mismanaged the estate of the deceased from the date a grant of letter of administration Ad Colligenda Bona was issued to her.

In my view, from the recorded evidence, I have no hesitation whatsoever in holding that it has sufficiently been demonstrated and proved on the required legal standard that, at the time of the deceased's death on the 27th July, 1996, Zaina was the deceased's lawful wife. It matters not whether, as the objectors claim, that Zaina and the deceased conducted or contracted their *Nikah* at Nakuru on the 15th April, 1995 or, as Zaina and her witnesses claim, at Embu on the 23rd March, 1983. The known and undisputed fact is that as the date of the deceased's death, the 27th July, 1996, the *Nikah* between Zaina and the deceased had been contracted and Zaina was the deceased's lawful widow. In that capacity of a widow, Zaina is entitled to administer her late husband's estate and is entitled to be issued with a grant of letters of administration intestate as petitioned, irrespective of whether she returns to her husband's ancestral home or not, and whether she takes her children to see their grandmother, uncles and aunt or not.

Indeed throughout the testimony of Martha Cherop, Koech and Chepkole, their recognition of Zaina as the deceased's widow is adequately demonstrated.

In the case of Swaleh, the objectors' main objection to the issuance of a grant to him as Zaina's co-administrator of the deceased's estate is that, as the deceased's brother-in-law, Swaleh is an outsider and does not rank in priority to the deceased's surviving blood brothers and blood sister. According to the testimony of Chepkole, it is against the customs and practices of the Kalenjin, and the teachings of Islam, to grant letters of administration to a deceased's brother-in-law as petitioned in this cause.

Zaina has explained the suitability and convenience of issuing a grant to Swaleh so that he can co-administer this estate with her. She gave evidence of several incidents when Martha Cherop and Selah Kipkemoi Chepkola allegedly showed open hostility to her soon after the death of the deceased; she claimed that Martha Cherop and her sons literally ransacked the deceased's official residence in Embu and took with them numerous title documents to several properties and other important documents; she claimed that at one occasion Martha Cherop, Saleh Chepkole and Mary Hadija removed a suitcase from the deceased's residence which was put into a vehicle and driven to unknown destination. She claimed that there was cash money Kshs. 25 million in that suitcase; she complained of other incidents when Saleh Chepkole, both before and after the deceased's death, had threatened to beat her up, has threatened to shoot Swaleh with a gun in Embu but was disarmed in time; and that because of all these incidents she felt insecure and needed protection from Saleh. She concluded her evidence on this point by telling the court :-

« I feel that I can administer this estate with Swaleh Abubakar because (a) he is my brother (b) we have stayed together with him for the last seven years, with my late husband (c) he knows our family and was trusted by my late husband (d) he will not inherit the deceased's estate by his appointment. I have no regrets putting him there as my co-administrator. I also do not want any other person to be appointed as my co-administrator. If I am forced to take on Saleh Chepkole as a co-administrator or any of the other in-lawd, I do not think we will administer this estate properly ».

The objectors countered that evidence through the testimony of Mr. Jinaro Kipkemai Kibet, advocate of this court who was also the deceased's maternal cousin and was fairly his close confidant. On the issue of the proposed appointment of Swaleh as a co-administrator of the deceased's estate Mr. Jinaro Kibet has this to say in his evidence while under cross examination by Mr. Miller:

« Mr. Miller Q: My instructions from Swaleh Abubakar are that he wants to administer the estate of his late brother-in-law for the following reasons :

- (a) The deceased had during his life time asked him to move into the deceased's home in Eldoret to protect the deceased's children from the hostilities of Swaleh Chepkole.
- (b) Swaleh Abubakar had been informed by the deceased of the hostilities towards Zaina Mukami by the deceased's brothers other than Swaleh Chepkole.
- (c) For purposes of protecting the interests of the deceased ».

Is there any reason therefore why Swaleh Abubakar should not be a co-administrator or trustee of the estate of the deceased?

KIBET: ANSWER:

« With regard to the first reason, the deceased's premises were guarded by armed men at the time he was alive. It cannot be possible that he would ask somebody who is not even armed to protect his family. Knowing the deceased, he was a man fully in control of his family; including Swaleh Chepkole and I would be very surprised if he would seek outside force in the person of his brother in-law to come and protect his family. None of these three reasons, even if they were true, would give him reason to want to administer this estate. The deceased's estate is protected by law. Interests of children, through a continuing trust, is protected by law. Anyone administering the estate has to take care of the estate ».

When Chepkole was called to testify, he was cross examined at length by Mr. Miller and all the issues and complaints raised by Zaina in her evidence were put to him but he denied them. He made it quite clear that he had not filed this objection because he wanted a share of his late brother's estate. He even told the court to issue a grant to Zaina and Martha Cherop, and to any other brother of the deceased without suggesting that a grant should be issued to him as a co-administrator. He admitted that he knew Swaleh, had talked to him as a person and had no problem with him as such. But he conceded that, when Swaleh wants to administer the estate of the deceased with his sister (Zania) that is where the problem is.

Though Swaleh petitioned to be appointed a co-administrator of the estate of the deceased, and attended several sessions of this court, he elected not to give evidence. He did not present himself to court for cross examination for purpose of establishing his suitability, credibility and ability as a co-administrator.

I am aware that Swaleh may, under the provisions of the Law of Succession Act Cap. 160 Laws of Kenya and under Islamic Law, be entitled to be appointed a co-administrator of the estate of the deceased jointly with Zaina. There is, in other words, no bar to his appointment as such. But I am not persuaded that he is a suitable person to be so appointed on the recorded evidence before me. I therefore decline to appoint him. I shall revert to this matter later on in this ruling.

The objector's second issue for determination is whether Martha Cherop was a dependant of the deceased who is now entitled to a share of his estate.

Martha Cherop is a holder of a National identity card No. 0331737 giving the following particulars : born in 1930 in West Pokot District, Kapenguria Division, Kapkoris Location, Tilak Sublocation. She got married to Mzee Juma Chelanga, long deceased, in 1952. She is a

retired prison's officer, rank not given, having worked in Nakuru and Langata Women's Prison, Nairobi. She retired in 1986 and is now earning a monthly pension of Kshs. 1,400/-. Martha Cherop testified that she is a mother of six children. There is Chepkole (1st born) who is a teacher at Kapenguria based at Makutano Primary School, with his own family to support. The second born was the deceased. The third born is Hadija who, unfortunately did not give evidence. However, from Martha Cherop's testimony, she owned a lorry before the deceased's death which used to transport molasses from Kisumu to Busia. The 4th born is Musa who also did not give evidence. The 5th born is Koech another primary school teacher and then the 6th born is Kiprotich.

The sum total of the recorded evidence is that Martha Cherop's surviving children do not have the financial capabilities to support her together with their respective families, that they heavily relied on the deceased's financial contributions and, more often than not, sought financial assistance even from Martha Cherop, their mother. This came out clearly from the testimony of Mr. Jinaro Kibet who is recorded to have told the court :

« The children of Martha Cherop are incapable of assisting their mother financially. On the contrary she is the one who tries to help them. The deceased was a pillar to these people, including his immediate family. The deceased used to help his mother and in turn she used to help the other children ».

On this point, Zaina's evidence is that the deceased secured jobs for all his brothers and sister, acquired properties for them and that these people are now independent. She named Kiprotich as a civil servant, working in the District Commissioner's office, Kapenguria as a clerical officer and that he was allotted several unsurveyed plots reflected in her exhibits 4, 5 and 6. She named Musa who now works with National Cereals & Produce Board, and that he was allotted a commercial plot by the Town Clerk Eldoret vide letter of allotment Exhibit 7; she named Chepkole who is a Deputy Headmaster of a primary school in Kapenguria and that he acquired properties including unsurveyed plot vide allotment letter exhibit 8; she named Koech who is also a teacher in one of the primary schools in Kapenguria and that the deceased helped him to acquire 60 acres at Olenguruone/Kiptaangact Tea Zone vide allotment letter exhibit 9.

Zaina's evidence is therefore that the deceased's brothers are much better off now than they were before, that they are in a position to continue supporting Martha Cherop as well. She said that it is incorrect to treat Martha Cherop and deceased's brothers and sister as people barely surviving. On the score, it is Zaina's testimony that Martha Cherop was already sufficiently provided for and was not the deceased's dependant.

Martha Cherop, on her part, testified that she used to stay with the deceased at his various stations of duty as and when she needed medical treatment. The period immediately preceding his death, she stated, she had gone to Embu to stay with the deceased for that medical care, and that Zaina was in Eldoret. It is Martha Cherop's testimony that the deceased used to provide her with everything for her maintenance and that all she desires from the deceased's estate is that she be given that same support which the deceased used to give to her.

Martha Cherop conceded while under cross examination, that she owns some properties. There is her residential house in Kapenguria, built on the family land; she had a plot at Kapsoya Estate in Eldoret but she sold it in 1999 for about Kshs. 400,000/- and she used this money to settle Kiprotich's medical bill and medical needs; there is a ten acre farm in Cheranganyi which she exchanged with her Kipkabus farm; there is plot No. 153 allocated to her in the month of September, 1993 but she has not developed it; there was plot No. 5/145 Nakuru Municipality which she sold for Kshs. 1,200,000/- after the deceased's death. She used the proceeds of this sale to pay school fees for Chebet and Nuru and to develop Dam

Estate property, Langata Road Nairobi, which she has now rented out at Kshs. 15,000/-; there is finally her shop in Kapenguria which has been leased to Teachers SACCO.

In my view it is safe to infer from that evidence that Martha Cherop is in fact not receiving any financial assistance from any of her surviving children. She is living on her pension and rent from the properties she has leased. That income is definitely not sufficient to sustain her.

No doubt Martha Cherop is now more than 70 years old, sickly, and requires constant medical care. The deceased looked after her well during his life time. In my view the estate of the deceased should continue financing her medical care and general maintenance. Indeed Zaina appreciated this heavy responsibility and included Martha Cherop on the list of beneficiaries of the deceased's estate. In any case, as the surviving mother of the deceased, Martha is entitled to a share of this estate under the Islamic Law.

I therefore hold that Martha Cherop was a dependant of the deceased who is now entitled to a share of his estate. The third objector's issue for determination is whether Chebet and Nuru were the deceased's dependants entitled to a share of his estate. It is necessary, first and foremost, to establish who exactly Chebet and Nuru are.

Chebet gave evidence. She informed the court that she was born on 23rd October, 1978 and named her parents as Ishmael Juma Chelanga (father) and Lydia Chepkurui (mother). She produced her birth certificate as an exhibit I. She further said that her mother is now married to Alexander Kirui (step father).

Chebet testified that she has never lived with her mother and step father, rather she lived with her maternal grandmother Bonace Belyon while attending Cheborge Primary School [1985-1992] Standard 1- and Holy Rosary Primary School [1988-1992] Standard IV-Standard VIII. The later was a boarding Primary School. During holiday, she would go to stay with her Aunt Mrs. Grace Chepkener, then wife of the Principal of Tambach T.T.C. She stayed with the Chepkener family throughout the School holidays for the period 1988-1992. She joined Kapropita Girls High School in 1993 and left it in Form IV in 1996.

Chebet recalled that she first met the deceased when she was aged between 5-6 years during the days she was living and studying at Cheborge Primary School. It is her evidence that it was in fact the deceased who took her to Boarding Primary School at Holy Rosary Primary School in 1988. Throughout her stay at this Primary School the deceased used to pay her school fees and used to visit her after every two weeks, providing her with all her school needs. The deceased then took her to Kapropita Girls High School to form I in 1993, paid her school fees right through to Form IV and often visited her at school. It is her evidence that, during her stay at Kapropita, the deceased met all her school needs. She recalled that the Headmistress of Kapropita Girls High School was then Mrs. Leah Rotich.

Chebet testified that yhe deceased took her in 1993 to his mother Martha Cherop when she was 14 years old. It was to Martha Cherop that she went during the School holidays between 1993-1996. She joined Kenyatta University College in the month of August, 1998 where she is studying for Bachelor of Arts Degree. It is her evidence that her school fees is being paid by Martha Cherop.

Chebet testified that, durign his lifetime, the deceased introduced her to his brothers and sisters (her uncles and aunt) and also told her the names of her step sisters and brothers, Zaina's children. She said she met them all at the deceased's funeral. As for Zaina, Chebet testified that she first met her at a chemist shop in Eldoret and later at the deceased's funeral in Kapenguria.

Finally Chebet testified that the deceased was a man of means whp provided for her needs, which Zaina and Swaleh had failed to do. This evidence is in support of her application for dependency filed vide a chamber summons on 10th June, 1999 under Sections 26,27 and 47 of the Law of Succession Act and Rule 45(1) of Probate and Administration Rules. It is also in

support of her cross-petition for grant of letters of administration, which she jointly filed with Martha Cherop and Nuru on 25th February 1998.

Zaina has strongly contested both applications, through her evidence and through Mr. Miller's submissions. Simply put Zaina's position is that Chebet is the deceased's illegitimate child who professes the Catholic faith and is therefore excluded under Islamic Law from inheriting the deceased's estate. Chebet, in her testimony, has conceded that she is the deceased's illegitimate child, and by express admission in her testimony, has further conceded that she is not a Muslim but is a Catholic.

Nuru was not called to testify in this cause. She was not even presented to court for purposes of identification. Nevertheless evidence about her has been put on record by Martha Cherop who testified that Nuru is the deceased's daughter, born by his girlfriend. It is her evidence that the deceased used to tell her about Nuru when the latter was learning at North Rift Education Centre, Kitale; and that before the deceased's death Nuru used to be staying with her mother, but moved to Kapenguria to stay with her after the deceased's death.

Martha Cherop, while under cross-examination, gave more information about Nuru's parentage i.e. that Nuru's mother is called Ruth Bett working at Post Office Lodwar. A birth certificate Exhibit 3 was shown to Martha Cherop. It shows that Nuru was born on 11th March 1987 to Ismael Chelanga and Ruth Jelagat Chepkong'a. Its serial No. is 399703366 issued by Mr. S.N. Kimitho, Registrar of Persons, on the 2nd May 1997. Another Birth Certificate having the same serial No. 399703366 issued by the same Registrar of Persons Mr. S.N. Kimitho on the same day 2nd May 1997 was shown to Martha Cherop. This second birth certificate is in the names of Lizah Waihera Ndungu. Martha Cherop could not give an explanation for this double issuance of a birth certificate in the names of two different people. Mr. S.N. Kimitho, the Registrar of Persons, was not called to clear these material discrepancies in these two birth certificates.

It was necessary, as it became apparent that disputed details about Nuru in the Birth Certificate and her parentage were unresolved, to call Ruth Jelagat Chepkonga, Nuru's mother, as a witness. This was not done. The direct result of this omission is that the identity of Nuru was not sufficiently proved on the required legal standard.

Zaina in her evidence and through Mr. Miller's submissions, has stated that it has sufficiently been demonstrated that Nuru too is an illegitimate child of the deceased, and therefore one who is not entitled to a share of his estate.

Zaina contends further that the deceased died a Muslim, that Chebet is a practicing Catholic, while the religion of Nuru has not been established. It is her contention that, from the angle of religion, both Chebet and Nuru are again not entitled to a share of the deceased's estate for they are not Muslim.

I have given Zaina's evidence and Mr. Miller's submission serious consideration. I find it established from the recorded evidence that the deceased was born and raised as a Muslim, he was a Muslim at the time of his death and was buried according to Islamic practices at his ancestral land in Kapenguria, West Pokot District. Zaina subsequent to his burial observed the Islamic 40 days seclusion period known as "eddat". It was thus established to my satisfaction that the deceased was a Muslim at the time of his death.

The provisions of the Law of Succession Act Chapter 160 Laws of Kenya do not apply to testamentary or intestate succession to the estate of any person who at the time of his death is a Muslim. In lieu of those statutory provisions, the devolution of the estate of any such person has to be governed by Muslim Law. The provisions of Part VIII of the Law of Succession Act relating to the administration of estates shall, where they are not inconsistent with those of Muslim Law, apply to every Muslim dying before, on or after the 1st January 1991. These are the statutory provisions of Section 2(3) and (4) of the Law of Succession Act enacted vide Act No. 21 of 1999.

Applying these legal principles to this cause, the deceased was a person who professed the religion of Islam, accepted the unity of God and Mohammed as his prophet. The deceased was a Muslim, his personal law was Muslim Law for purposes of intestate succession of his estate. Under Islamic Law no non-Muslim is permitted to inherit the estate of a Muslim. This was ably verified in this court by the Kadhi of Nairobi, Mr. Hammad Mohammed Kassim. It follows therefore that Chebet, who had conceded that she is a Catholic, cannot inherit a share of the estate of her deceased father, a Muslim, by reason of her being a non-Muslim.

Secondly, an illegitimate child does not inherit the estate of his or her father but is permitted to inherit from his or her mother. The reason for this can be found in the Principles of Mohammedan Law by Dr. (Mrs) Nishi Patel 1995 CTS publication Cap XIII at page 251 :

« LAW OF PARENTAGE : INTRODUCTION

The Law of parentage which includes paternity and maternity, is the result of the institution of marriage. A Mohammedan marriage is a contract, which confers the status of husband and wife on the parties and of legitimacy on the children. Parentage gives rise to the concepts of legitimacy and illegitimacy. Illegitimacy is totally untolerated and sexual-relations outside marriage are condemned as illicit and the woman who involved in it, is punishable for Zina (fornication) ».

It must then follow that, both Chebet and Nuru, who clearly the deceased was caring for during his lifetime, can inherit his estate as dependants. On this point the Kadhi of Nairobi Mr. Hammad Mohammed Kassim stated as follows : -

« Children who may have been supported by the deceased are still excluded because that alone (the deceased's support) is not enough unless the deceased wrote out an acceptable will to include them ».

In find favour with that testimony and I so hold that both Chebet and Nuru, as the deceased's dependants, are excluded from his estate and are not entitled to a share of the same by reason of the application of the principles of Islamic Law.

I would have been prepared to hold that the provisions of section 82(1) and 82(4)(6) of the Constitution of Kenya, apply in the case of Chebet and Nuru.

These provisions read : -

« S. 82(1) Subject to subsections (4), (5) and (8), no law shall make any provision that is discriminatory either for itself or in its effect.

(4) Subsection (1) shall not apply to any law so far as that law make provision -(c) with respect to adoption, marriage, divorce, burial, devolution of property on death or other matter of personal law ».

This means, with particular reference to this case, that Chebet and Nuru cannot be heard to say that the application of the personal law governing the intestate succession of the deceased's estate, which is Islamic law, is discriminatory against them and is inconsistent with the Constitution. It is my ruling that the application of Islamic Law, embodied in section 2(3) and (4) of the Law of Succession Act, is not inconsistent with the provisions of the Constitution of Kenya.

I haven in so holding, answered the petitioner's issue No. 3 as to whether, under section 3(2) of the Law of Succession Act, both Chebet and Nuru are the deceased's children who are entitled to inherit his estate, whether or not the deceased has expressly recognized, accepted them and had voluntarily assumed permanent responsibility over them.

The objectors' fourth and fifth next issues for determination are whether Zaina and the deceased were married on the 23rd March, 1983 or on the 15th April, 1995; and whether Zaina's children sired with the deceased before the 15th April, 1995 are entitled to inherit the estate of the deceased.

I have already ruled that, for purposes of Zaina's inheritance of the deceased's estate or her entitlement to a share thereof, it matters not whether she and the deceased contracted a *Nikaa* on 23rd March, 1983 or the 15th April, 1995 for the reason that, at the time of the deceased's death on 27th July, 1996, Zaina was the deceased's lawful wedded wife.

The date of the *Nikaa* becomes only relevant to the inheritance of the deceased's estate by the children sired by Zaina and the deceased. The issue which then takes centre stage is whether or not Zaina's children are also illegitimate.

The objectors' case, as put on record by Martha Cherop, Koech and Chepkole is that the deceased and Zaina began to cohabit in 1983 but conducted the *Nikaa* on the 15th April, 1995. To this extent, that Zaina's children are illegitimate.

In his evidence-in-chief, Chepkole testified that he attended the *Nikaa* ceremony as a witness and indeed that he signed the marriage certificate (Exhibit 32) which was issued on the 5th of May 1995 as a witness. He testified that he was the main organizer of that *Nikaa* ceremony. And while under cross-examination he testified that he approached the Kadhi of Nakuru to formalize this marriage upon request by Zaina and the deceased.

While under re-examination Chepkole gave more information about that occasion when he said :

« Zaina and the deceased were living together as husband and wife and it was my wish that they formalise their marriage. I saw the deceased signing the marriage certificate. Zaina also signed the same. In fact each one of them signed in my presence. The deceased signed the marriage certificate in Nakuru while Zaina signed it in Eldoret ».

Salim Mohammed Salim, the Kadhi of Nakuru, testified in his evidence that on 10th April, 1995 Chepkole approached him to conduct the *Nikaa* between Zaina and the deceased on 15th April, 1995. But since he was busy on that day he sent a *Maalim*, one Sheikh Adam Swaleh Musa, to solemnize that Marriage on his behalf. After three weeks the deceased phoned him to avail himself on 5th May, 1995 to issue a marriage certificate. He went to the deceased's residence and accordingly issued this exhibit 32. He testified that the information he entered into exhibit 32 (marriage certificate) was from the spouses, but in particulars from the deceased, including the entry that Zaina was a virgin at the time of the *Nikaa* on 15th April, 1995, which was not only incorrect but ridiculous as she had then given birth to all her present children.

It is correct to say that, though Salim Mohammed Salim issued this marriage certificate, he did not in fact solemnise this *Nikaa* on that 15th April, 1995. The *Maalim* who did so, and ought to have been called a witness, was Sheikh Adam Swaleh Musa.

There is also a serious omission in the Marriage Certificate Exhibit 32. Zaina's guardian, who was her father and who had allegedly consented to this marriage, did not sign it. The only people who signed it as witnesses are Sheikh Adam Musa, the high priest, and Chepkole.

There is a further serious omission. This Marriage Certificate (Exhibit 32) was not forwarded to the Registrar of Mohamedan Marriages and Divorce in Kenya, who is also the Chief Kadhi of the Republic of Kenya, Nasser Nakannad Nahdy, who gave evidence in this court. While commenting on the marriage of Zaina and the deceased which the objectors say was solemnized on the 15th April, 1995, the Chief Kadhi of Kenya testified as follows:

« I see objectors' exhibit No. 32 which is a Marriage Certificate. This certificate is not correct. Before I issued my letter of certification Exhibit 3, I went through my record. There was no return for the marriage said to have taken place on 15/4/1995. I wrote to the Kadhi who issued Exhibit 32 to explain why he did not submit a return with regard to the marriage of 15/4/1995 but he has not even responded to my letter. Returns are required to be filed and submitted to me monthly as required under section 16 of Cap 155.

This requirement is mandatory. Section 11 thereof sets out the duties of Assistant Registrars of Marriages ».

The Kadhi of Nakuru had no power to delegate his duties under section 11 of the Act to anybody else. He could not therefore have sent a representative to conduct a valid marriage on that 15.4.1995. In my view this certificate of marriage exhibit 32 is invalid”.

The petitioner’s case, on the other hand, is that the *Nikaa* was conducted on the 23rd of March, 1983, which was done by Mr. Maalim Mohammed Al Hatat, who gave evidence and identified the *Nikaa* sheet which he wrote out after conducting the *Nikaa*. He explained to the court that he sought and obtained Zaina’s consent and that of her guardian/father prior to officiating over the *Nikaa*, and that he conducted the marriage ceremony and all requirements relating to Islamic marriages were fulfilled; he identified the signature of the deceased, that of Zaina’s father, Rajab Ali, the witness and his own on the *Nikaa* sheet. He then gave out the *Nikaa* sheet to Swaleh Dorman to process the certificate of marriage.

Rajab Ali gave evidence of how Zaina’s father invited him on 23.3.1983 to witness this *Nikaa*, and verified one testimony of Maalim Al Hatat. Rajab Ali identified his signature on the *Nikaa* sheet.

Mr. Kaimu Abubakar Karwirwa, Zaina’s eldest brother, clarified the confusion in the issuance of the two marriage certificates (of 23rd March, 1983 and 15th April, 1995). His explanation was brief. Sometimes in 1995 he visited the deceased in Nakuru and found Martha Cherop Chepkole and his own parents had coincidentally paid the deceased a visit at Nakuru. It was on that occasion that the deceased handed over to Sheikh Adam Musa the *Nikaa* sheet of 23rd March, 1983 and asked him to issue a marriage certificate with details as shown in the said *Nikaa* sheet. The confusion arose when date of the *Nikaa* was entered on the marriage certificate (Ex. 32) as the 15.4.1983.

I have already taken note of the fact that Sheikh Adam Musa was not called to give evidence in this cause to explain the events of the 15th April, 1995. Martha Cherop and Chepkole did not come out clearly on this aspect of the case. That leaves the evidence of Zaina and Mr. Karwirwa on record virtually incontroverted.

Then there is the evidence of Mr. Hammad Mohammed Kassim, the Kadhi of Nairobi, to the effect that the *Nikaa* sheet produced in court by Maalim Mohamed Al Hatat was not irregular because it was a common practice of issuing such *Nikaa* sheets in areas where no Kadhi’s and Assistant Registrar were stationed.

Taking into account all the recorded evidence, particularly the evidence of Maalim Mohammed Al Hatat, Mr. Hammad Mohammed Kassim and of the Chief Kadhi of Kenya, I told that the marriage (*Nikaa*) between Zaina and the deceased was solemnized on the 23rd March, 1983. Consequently Shamira Chepkemoi Chelanga, Rhahiha Cheruto Chelanga, Ibrahim Kipkorir Chelanga and Mohamed Kipkoskei Chelanga are legitimate children of the deceased entitled to inherit and have a share of his estate.

The objectors’ sixth issue is whether the deceased’s brothers and sister are entitled to a share of his estate.

I have read the objector’s submissions filed by Miss Margaret Ndwiga where she conceded that Kiprotich and Hadija being Christians, cannot inherit the estate of a Muslim (the deceased). This is in keeping with Islamic law practices and I accept it.

The other of the deceased’s brothers are Muslims. They are, however, again caught up by the Islamic law, which was correctly stated by Mr. Hammad Mohammed Kassim, the Kadhi of Nairobi, that as long as the deceased is survived by his widow, parents or parents and his children are not entitled to a share of his estate, even if they are of the Islamic faith. I do so hold in this ruling.

For these reasons the objections to the grant of letters of administration, and application for a share of the deceased’s estate filed by the deceased’s brothers and sister on the 4th May, 2000,

namely, by Chepkole, Kiprotich, Musa, Koech and Mary Hadija, are hereby dismissed with costs.

The application dated 25th February, 1998 by Joyce Chebet and Nuru for a grant of letters of administration intestate to the estate of the deceased, and application for dependency, are also hereby dismissed with costs.

The objection to the making of a grant of letters of administration to Zaina and Swaleh filed by Martha Cherop on the 20th December, 1996 succeeds to the extent limited that Swaleh Abubakar shall not be appointed a co-administrator of the deceased's estate. His petition for such appointment is hereby rejected and dismissed, with costs. The petition by Zaina for grant of letters of administration intestate to the estate of the deceased is hereby granted and she is hereby appointed the administratrix of this estate.

In her objection to the making of a grant to Zaina, Martha Cherop was exercising her share to the estate of the deceased, and eventually which share she will pass to her children who will be entitled to inherit her estate after her demise. My understanding of the Islamic Law is that it has fixed shares of each heir to the estate of a deceased person, nobody having the right to make changes, modifications, additions or deletion in it. It is this share which, in my view, must be protected by those entitled to it or will be entitled to it.

It is a fallacy on the part of many widows, Zaina included, to hold the view, expressed by Dr. Mohammed Abdi Hai Ariti in the book *Death and Inheritance (The Islamic Way)* Edition 1968 at page 194, that after the death of their husbands, they shall take possession of all immovable property left by them, under the false impression that they are the owners of everything. The fact is that anything their late husband gifted them during their lifetime and handed over to them as being theirs, is no doubt theirs. But the rest of it is combined inheritance and, according to the rules of Shariah, this will be distributed among all heirs as a matter of obligation. A widow does not therefore own the whole of a deceased husband's property. She owns only that share which she is entitled under the law.

During the hearing of this cause both Jinaro Kibet and Saleh Kipkemboi Chepkole made references to certain properties which were registered in the joint names of the deceased and Saleh Chepkole or in which Saleh Chepkole has an interest. Such properties are not entirely and exclusively the property of the deceased but would be property held jointly by them. The finer details of these properties will be known by the court when a full inventory of all the assets of the deceased are filed.

Martha Cherop is aged 70 years and above, is sickly and no doubt cannot be expected to administer the deceased's vast estate jointly with Zaina for purposes of overseeing her interest or share of the estate and those to inherit through her.

For the above reasons I do hereby appoint Saleh Kipkemboi Chepkole as a co-administrator of the estate of the deceased forthwith. I therefore direct a grant of letters of administration intestate to issue in the joint names of Zaina Mukami Chelanga and Saleh Kipkemboi Chepkole.

In a chamber summons filed on 20th December, 1996 Martha Cherop applied for revocation of the grant of letters of administration *Ad Collingenda Bona* issued to Zaina on 19th November, 1996. In view of my order today directing the issuance of a grant of letters of administration intestate to Zaina Mukami Chelanga and Saleh Kipkemboi Chepkole, the letter of administration *Ad Collingenda Bona* issued by this court on 19th November, 1996 has today expired and is hereby vacated.

It is not now necessary to answer issues raised by both objectors and petitioners as to whether there is any obligation by an administrator holding a grant of letters of administration *Ad Collingenda Bona* to give an account of the estate to any person who has come to court under Sections 26-29 of the Law of Succession Act.

After today's appointment of Zaina Mukami Chelanga and Saleh Kipkemboi Chepkole as joint administrators of the deceased's estate, the law expects of them now to file a full and accurate inventory of the deceased's entire estate, made up of his assets and liabilities, for distribution to the persons entitled thereto. The joint exercise to establish that entire estate begins today. These joint administrators are at liberty to engage the service of legal experts to facilitate the completion of this exercise within the shortest time possible. I direct that this cause be mentioned before me on the 5th August, 2002 at 9.00 a.m.

It is so ordered.

J. Etyang

4. Civil Appeal 31/2000

In the High Court at Mombasa

Fatma Yaghut Salim (Plaintiff) vs Nuru Mahfudh & others (Defendants)

JUDGMENT

This appeal related to the decision of the Sheikh Ali Mwinzangu Kadhi sitting on Kadhi's Court at Mombasa.

The complaint is that the learnt Kadhi failed to apply the provisions of section 6 of Civil Procedure Act Cap 21 Laws of Kenya when it was drawn to his attention that there were two similar suits pending. One in his court, number 200 of 1999 and High Court Probate and Administration cause number 64 of 1997. Both suits relate to the succession and distribution of the estate of one SAID SWALEH who died on 17/7/96.

Provisions of section 6 aforesaid states as follows:

« No court shall proceed with the trial of any suit or proceeding in which the matter in issue is also directly and substantially in issue on a previously initiated suit or proceeding between the same parties or between parties under whom they or any of them claim litigating under the same title where such suit or proceedings is pending on the same or of other court having jurisdiction in Kenya to grant the relief claimed ».

The term suit is defined as all civil proceedings commenced in of manner prescribed.

The learned Kadhi did find that these are two cases in respect of the same estate but he erred in failing to find that appointment of administrators is done in High Court.

The High Court has also jurisdiction to determine the heirs and their shares except in the case of Muslim estate, these issues are determined under Muslim Law. It is only in case of disputes between the parties that the matter may be resolved in the Court of Kadhi.

In the present case the Probate and Administration suit in the High Court is the first in time. Therefore the suit before the Kadhi's Court must be stayed pending the determination of the High Court suit. The appeal is therefore allowed. This court orders that succession suit hearing and determination of High Court Civil Case Probate and Administration number 64 of 1997.

Each party shall pay own costs.

Dated this 29th day of October 2002,

Hon. J. Khaminwa,

Lady Commissioner

5. Civil Appeal 125/2000

In the High Court of Kenya at Meru

Mohamed Hussein Abdi (1st Appellant) and Alias Bortron (2nd Appellant) vs Hassan Abdi Rage (Respondent)

JUDGMENT

1. This Appeal raises inter-alia but importantly the ultimate academic questions whether the Kadhi was right in awarding custody of one Filan-Waa, a minor, to the Respondent by the Judgment delivered on 8.9.1994 in the Kadhi's Court Case No. 18/94 at Wajir. Academic because it is agreed that in fact the child is and has been in the custody of the 2nd Appellant and the Respondent has expressed no interest in taking such custody.

2. Although the Appeal raises 7 grounds, two grounds were argued and they encompass the entire basis for the Appeal viz : -

1. Did the honorable Kadhi err when he declared the Respondent as the biological father of the minor, Filan-Waa when he had no evidence before him to determine such parenthood.

2. Did the honorable Kadhi err when he granted custody of the minor to the Respondent based on his findings to the question 1 above?

3. In submissions r. Mokua argued that the honorable Kadhi had no jurisdiction either under s. 66(5) of the Constitution or the Provisions of the Kadhi's Court Act to determine the question of paternity of a child and even if he did, he could only do so on the basis of scientific evidence and not hearsay. In any event, the 2nd Appellant denied ever having sexual contact with the Respondent and yet the Kadhi found to the contrary. Further, that by his own evidence the Respondent had many children from other women and had no interest of the minor at heart and was not suited to have custody of the child.

4. In response, Mr. Gitonga argued that the Kadhi properly exercised his jurisdiction under s. 66(5) of the Constitution as read with s. 5 of the Kadhi's Court Act because the question of paternity is a matter of « Personal Status », which is included in the two sections. There was no need therefore to call scientific evidence to prove paternity of the minor as the evidence before the court was sufficient. That evidence was that the child was born 6 months before a wedding is treated as a bastard and this is not true of Filan-Waa whose name in any event means "unexpected Child". That the Appeal therefore was unmerited and should be dismissed with costs.

5. S. 66(5) of the Constitution provides as follows: « The jurisdiction of a Kadhi's Court shall extend to the determination of questions of Muslim law relating to Personal Status, marriage, divorce or inheritance in proceedings in which all the parties profess the Muslim religion ». S. 5 of the Kadhi's Court Act is a replica of s. 66(5) and I see no need to reproduce it.

6. In the Plaint filed before the Kadhi, the plaintiff (who is now the Respondent) sought this prayer:

« I requested (sic) this honorable court to order the boy (sic) is my legal child to declare (sic) according to Islamic law ».

This issue is not one that is with regard to marriage (it is agreed that the parties are divorced) nor therefore of divorce nor one of inheritance. Counsel for the Respondent argues that it is a matter of « Personal Status ». I do not know what he meant by that in the context of this case because he did not elaborate at all on the point. So far as I know, the definition of « Personal Status » is that given by James Hadley in Introduction to Roman Law 106 (1881) where he said, « By the status (or standing) of a person is meant the position that he holds reference to the rights which are recognized and maintained by the law; in other words, his capacity for the exercise and enjoyment of legal rights ».

7. « Law of Status » is defined in Black's Law Dictionary, Eight Edition Ed. Bryan A. Garner as « the category of law dealing with personal on non-proprietary rights, whether in rem or in

personam » and is distinguished from the other two departments of civil law namely the law of obligations and the law of property.

8. Taking these definitions into account, what the Kadhi went on to do was to enquire whether the 2nd Appellant became heavy with child and whether that child truly belonged to the Respondent and whether having subsequently married the 1st Appellant and given birth while his wife, the child may have belonged to the 1st Appellant and not the Respondent. To my mind these are not matters of personal status. The evidence given about whether the parties had sexual intercourse and of the child who was born 7 months after the second marriage are matters clearly outside the purview of the Kadhi's Court Act. That is my finding.

9. As to the academic question I posed earlier, the child is with the mother who is the 2nd Appellant. Let him stay there because the Respondent for the last thirteen (13) years has had no interest in him.

10. As to the Appeal; it is merited. The Kadhi's Court had no mandate nor the legal Jurisdiction to handle the dispute before it. That was a matter best left to the High Court exercising its powers under s. 60 of the Constitution.

11. The Appeal is allowed, the orders made by the Kadhi in Wajir Case No. 18/94 are vacated and set aside. It is however also sought that the court should make an order as to the status of the child. It will not. It has no evidence or proper basis for so doing. That is all there is to say on the matter.

12. Costs of the Appeal shall be paid by the Respondent.

13. Orders accordingly.

Dated, signed and delivered in open court at Meru this 3rd Day of May 2006.

Isaas Lenaola,

Judge

6. Civil Appeal 83/2001

In the High Court at Mombasa

Ali Said Salim Rukby (Applicant) vs Salim Said Salim Rukby and Fatma Said Salim Rukby (Respondents)

JUDGEMENT

The appeal originates from the decision of the Kadhi's Court sitting at Malindi in case No. 40 « B » of 2000. The plaintiffs in that case filed suit against the Defendant (Appellant) claiming their share of inheritance in the estate of SALMA (SULUMA) SALIM RUKBY who died in October, 1984. She left behind a temporary constructed house without land standing on land known as Plot 1335.

The Appellant who is one of the heirs, in 1995 went ahead and renovated and or built afresh the building now in dispute. It is said this was without the consent of the other heirs.

When the hearing commenced on the 14.11.2000 the plaintiffs were present but the defendant was absent. The court did not establish whether he had been served with a Hearing Notice and proceeded to hear the sworn evidence of the 1st plaintiff. The 2nd plaintiff also gave his evidence but the record does not show whether she was sworn or not. At the close of the proceedings the court on its own motion directed that a copy of a written Will and title document be produced during the next hearing on 20.11.2000.

On the 20.11.2000, again the Defendant was absent and the Court did not enquire as to whether he had been notified of the hearing date but at the close of the proceedings of the day an order was made to the effect that the Defendant be served with a hearing Notice for the next hearing, which was for the 27.11.2000. Once again there was no appearance and the record shows he had been served with the Hearing Notice.

The case went on for hearing until the 15.1.2001. when the Defendant appeared and the court after hearing him found he had not been served with hearing notice and the court ordered a fresh hearing, which commenced on 25.1.2001.

Once again the record shows proceedings are defective in that the 1st Plaintiff's evidence was not taken while that of the 2nd plaintiff is not shown whether it was under oath or otherwise. There is no cross-examination either. The same scenario is repeated for the Defense case.

Both counsels for the parties had submitted on the appeal but before Mr. Abdulla for the Respondents could reply, he conceded that the proceedings are a nullity and the matter should be referred for retrial.

I have considered the issues raised and am in agreement that the proceedings point to a lot of flaws in the manner the case was conducted. In the circumstances I find in the interest of justice and more so as this is a matter involving the division of property amongst family members, the matter is hereby referred to the Kadhi's Court for a hearing de-novo. The Chief Kadhi is to give directions as to which Kadhi other than the one sitting at Malindi is to hear the case. On the issue of costs, I find that each party bears its own costs as the appeal and the cross-appeals have not been considered on their merits but on a technicality arising on the part of the Court.

Dated and delivered at Mombasa this 26th day of July, 2002.

P.M. Tutui

Commissioner of assize

7. High Court Divorce Cause 175/2001

In the High Court of Kenya at Nairobi

Neema Nungari Salim vs Salim Ali Molla

RULING

The Respondent through his counsel Ms. J.A. Guserwa raised a preliminary objection in respect of the jurisdiction of this court to hear this cause on the grounds that both the parties profess Islamic faith and have contracted their marriage under Islamic Law.

It is evident that the parties in this divorce petition did celebrate their marriage under Islamic Law. The marriage certificate is enough proof of that fact. The wife/Petitioner has presented this divorce petition before the family division of the High Court under the provisions of the Mohamedan Marriage, Divorce and Succession Act (Cap. 156). It has also been averred by the Petitioner that she has reverted to Christianity and that she does no longer profess the Islamic faith.

After the petition was amended and filed on 31st October, 2002, the only objections which remained to be determined is that this court has unlimited jurisdiction but not by way of petition, but only when the parties came before the court by way of the plaint. Even that contention was eventually left to the court. The other issue was that it is only the Kadhi's court which can deal with the matters when the parties have contracted a marriage under Islamic Law.

Section 60 of the Constitution unreservedly grants unlimited jurisdiction to the High Court in Civil and Criminal matters. Section 66 (3) of the Constitution states that there shall be such subordinate courts held by Kadhis as Parliament may establish.

The Parliament has enacted the Kadhi's Courts Act (Cap 11) section 5 thereof stipulates as under:

« A Kadhi's court shall have and exercise the following jurisdiction, namely the determination of questions of Muslim law relating to personal status, marriage, divorce or inheritance in proceedings in which all the parties profess

the Muslim religion; but nothing in this section shall limit the jurisdiction of the High Court or of any subordinate court in any proceeding which comes before it ».

Clearly the section does not limit the Jurisdiction of the High Court in the matters before it and definitely does not exclude its jurisdiction to hear the matters so brought before it.

In this case there is also a specific averment by the Petitioner that she does not any more profess the Islamic religion. Whether that fact and the fact that the Co-Respondent in this matter also does not profess Islamic Religion can remove this matter out of the ambit of Kadhi's Court is not a matter which could be dealt with by way of a preliminary point.

The filing of the matter as a Petition also is not a matter which can go to the validity of the matter at this stage. This I do say because of the use of words 'Causer and suit' in the Kadhis' Act (Section 54(3) as well as that of the word 'Petition' in Rules made thereunder (see Rule 9).

Without much ado I shall find that the objections raised do not deserve the prayer of striking out the petition filed by the Petitioner.

This court has jurisdiction to hear this matter and I thus reject the objections raised.

The costs of the objection be in the cause.

Dated and delivered at Nairobi this 21st day of November, 2002.

8. Miscellaneous Civil Suit 903/2005.

In the High Court of Kenya at Mombasa

Republic (Applicant) vs Kadhi Sheikh Twalib (Respondent) and Arif Ramadhan Karama (Interested Party)

RULING

This is an application for leave to commence Judicial Review Proceedings for orders of certiorari and prohibition. It is alleged that Kadhi court has no jurisdiction to deal with custody of children. That jurisdiction, it is contended, is vested in the children's court. That is a moot point. I therefore grant leave to apply as prayed.

As to the leave operating as a stay I did ask Mr. Kenzi for the Applicant who has the custody of the child at present. He said it is the Applicant. At that stage Mr. Khatib who happened to be in court shot up and said that this is not correct. He said he acted for the interested party in the Kadhi's court and knows that the child is at present with his client. He said his client had to enlist the help of the court Bailiff to get the child taken from the Applicant.

As I pointed out to counsel to me this appears a delicate issue. It is traumatizing to have children forcibly thrown from one parent to another. In the circumstances I decline to direct that the leave granted should operate as a stay. In any case there was nothing to be stayed if the child has already been taken by the interested party. Instead I direct that the application be filed and served within 15 days and be heard on priority basis.

Dated and delivered this 18th day of November, 2005.

D.K. Maraga, Judge

**Annexe 16. Miscellaneous Application 890/2004, Haute Cour du Kenya à
Nairobi**

**REPUBLIC OF KENYA
IN THE HIGH COURT OF KENYA AT NAIROBI**

MISCELLANEOUS APPLICATION NO. 890 OF 2004 (O.S.)

**IN THE MATTER OF THE CONSTITUTION OF KENYA
AND**

**IN THE MATTER OF THE KADHIS' COURTS ; OTHER COURTS AND, THE
JUDICATURE UNDER SECTIONS 60, 65 AND 66 OF THE CONSTITUTION**

AND

**IN THE MATTER OF THE KADHIS' COURTS ACT, CAP 11 LAWS OF KENYA
AND**

**IN THE MATTER OF CONSTITUTIONAL REVIEW UNDER SECTIONS 3 AND 123
OF THE CONSTITUTION OF KENYA**

**AND IN THE MATTER OF THE CONSTITUTION OF KENYA REVIEW ACT
CHAPTER 3A OF THE LAWS OF KENYA**

BETWEEN

- 1. Very Right Rev. Dr. Jesse Kamau**
- 2. Bishop Silas Yego**
- 3. Bishop Bonifes Adoyo**
- 4. Bishop Mark Kariuki**
- 5. Bishop William Tuimising**
- 6. Bishop Justus Musyoka**
- 7. Bishop Robert Mahiri**
- 8. Bishop Stephen Kiguru**
- 9. Bishop Gerry Kibarabara**
- 10. Bishop Justus Wanjala**
- 11. Bishop Margaret Wanjiru**
- 12. Bishop Peter Njiri**
- 13. Bishop Isaiah Kyalo**
- 14. Bishop Stephen Kanyaru**
- 15. Bishop Jefferson Nyatuka**
- 16. Bishop Arthur Kitonga**
- 17. Bishop Richard Kimwele**
- 18. Bishop Robert Ogutu**
- 19. RT. Rev. David Githii**
- 20. Bishop Peter Karanja**
- 21. Rev. Kepha Omae**
- 22. Bishop Charles Mugo**
- 23. Rev. Patrick Murunga**
- 24. Rev. James Maina**
- 25. Rev. Ambrose Nyang'au.....APPLICANTS**

Verses

THE HON. ATTORNEY GENERAL.....1st RESPONDENT

THE CONSTITUTION OF KENYA
REVIEW COMMISSION.....2nd RESPONDENT

ORIGINATING SUMMONS

**(Under Sections 1A, 3, 47, 60, 65, 66, 67, 82, 84 and 123 of the Constitution of Kenya ;
Section 3A, ORDER XXXVI of the Civil Procedure Act, CAP 21 of the Laws of Kenya)**

LET the Honourable the Attorney General of care of the Attorney General's Chambers, Sheria House, Harambee Avenue, P.O. Box 40122 Nairobi, AND the Constitution of Kenya Review Commission of care of Kencom House, 2nd floor, P.O. Box 10526 Nairobi, within fifteen days after service of this summons upon them inclusive of this day, cause an appearance to be made for them to this summons which is issued upon the application FOR ORDERS :

1. THAT a declaration be and is hereby issued declaring that Section 66 of the Constitution of Kenya, which introduces and entrenches Kadhis' Courts in the said constitution is unconstitutional and should be expunged in its entirety from the said Constitution.
2. THAT a declaration be and is hereby issued declaring that Section 66 of the Constitution of Kenya is inconsistent with Section 82 of the same Constitution.
3. THAT a declaration be and is hereby issued declaring that any provision similar to Section 66 of the Constitution of Kenya in word or effect as proposed in the Draft otherwise known as the « Zero or Bomas Draft » or any other draft is unconstitutional, null and void and of no effect.
4. THAT a declaration be and is hereby issued declaring that the financial maintenance and support of the Kadhis' Courts from public coffers is segregative, sectarian, discriminative unjust, amounts to separate development of one religion and religious practice and is unconstitutional.
5. THAT it be declared that any or all provision(s) that seek(s) to introduce and/or entrench, promote, elevate, encourage, advance, give special preference to, support by public funds or otherwise, any religion or sectarian religious interests or such interests of a religious nature or otherwise that draw their base from a given or known set of religious teachings/doctrines, practices and/or beliefs in such Constitution is and would be discriminatory, oppressive to others, preferential, unconstitutional, null and void.
6. THAT it be hereby declared that any form of religious courts should not form part of the judiciary in the Constitution of Kenya.
7. THAT it be hereby declared that the entrenchment of the Kadhis' Courts under the aforesaid Section 66 of the Constitution of Kenya and in the draft otherwise known as the « Zero » or « Bomas Draft » has a clear and determined hidden agenda to or is intended to advance, promote, encourage, introduce, propagate an Islamic agenda or what is popularly or otherwise known as the Abuja Declaration for Africa and Kenya whose final purpose is to turn Africa in general into an Islamic Continent and Kenya in particular into an Islamic nation.
8. THAT without Prejudice to the foregoing, such entrenchment would reasonably evoke fears of schemes of subterfuge and constitutional sabotage.

9. THAT it be hereby declared that the entrenchment of the Kadhis' Courts is a step in the introduction of Sharia « Law » or form of justice in Kenya, which would be discriminatory, dangerous, unjust, detrimental and, unconstitutional.
10. THAT it be hereby declared that the entrenchment of the Kadhis' Courts in the Constitution, the introduction of Sharia, Islamic agenda for Kenya and Africa and the whole of the Islamic religion agenda is aimed finally at the sole purpose of acquiring inter alia political power, supremacy and control over Africa and Kenya by means which are less than democratic, just, fair and/or constitutional.
11. THAT it be hereby declared that the entrenchment of the Kadhis' Courts in the Constitution elevates and uplifts the Islamic religion over and above other religions which is unconstitutional.
12. THAT it be hereby declared that the process leading to the inclusion of the Kadhis' Courts in the so called « Zero » or « Bomas Draft » under the Constitution of Kenya Review Act, Cap 3A was flawed, lopsided, fraught with partisan entrenched and sectarian interests, biased, corrupt and manifestly inimical to constitutionalism.
13. THAT an order be issued in the first instance to restrain the respondents jointly and severally or anyone of them or any other person or group of persons claiming under them jointly and severally from discussing, subjecting to debate in any forum and in any manner whatsoever the draft constitution prepared by the National Constitutional Conference otherwise known as the Zero Draft or y whatever name called pending the hearing and determination of this application.
14. THAT the Respondents be and are hereby ordered to pay the applicants costs in any event.

WHICH APPLICATION is supported by the grounds set out in the affidavit of THE VERY RIGHT REVEREND DR. JESSE KAMAU annexed hereto and filed herewith and on the following grounds *inter alia* : -

- a) THAT section 66 of the Kenya Constitution contradicts and offends the provisions and spirit of Chapter 5 of the Constitution.
- b) There is no valid reason whatsoever for the inclusion of the Kadhis' Courts in the Constitution.
- c) Section 66 of the Constitution as framed is discriminatory against Kenyans who do not benefit from its inclusion and who do not profess the Muslim faith.
- d) Kenya is a multi religious and multicultural state and Section 66 of the Constitution offends this position.
- e) The separation of the state and religion must be respected and promoted but Section 66 of the Constitution contradicts this principle.
- f) The Bill of Rights in the Constitution must not be qualified by personla laws envisaged in Section 66 of the Constitution.
- g) The entire process of the Constitutional Review has been skewed, biased and bereft of any iota of constitutionalism.

DATED at Nairobi this 12th day of July, 2004

NYAKUNDI & COMPANY
ADVOCATES FOR THE APPLICANTS

DRAWN & FILED BY :
NYAKUNDI & COMPANY ADVOCATES,
COLEGE HOUSE 3rd FLOOR,
KONINANGE STREET
P.O. BOX 50913-00200
NAIROBI

*« If any party does not appear within the
time and place specified in this summons,
such orders may be made and proceedings
taken as the court thinks just and
expedient »*

**Annexe 17. Statistiques sur les litiges portés devant les différents tribunaux
de Kadhi**

1. Nairobi
2. Mombasa
3. Malindi
4. Lamu
5. Kwale
6. Kisumu
7. Nakuru
8. Nyeri
9. Garissa

NAIROBI

ANNEE	Nombre de cas	Cas soumis par des femmes	Divorce et questions liées (dont divorce seul)	Héritage	Entretien	Garde des enfants	Droits conjugaux	Questions matrimoniales	Autres (dot, certificat de divorce, etc..)	Mariages enregistrés	Divorces enregistrés
1981	145	113 - 78%	63 - 38	13	32	2	13	19	3	?	89
1982	76	57 - 75%	40 - 18	5	10	0	1	18	2	?	48
1983	71	51 - 71%	20 - 12	2	21	4	6	10	8	?	58
1984	57	47 - 82%	17 - 11	2	20	1	1	4	6	?	39
1985	71	54 - 76%	35 - 9	7	14	1	0	10	4	122	61
1986	63	50 - 79%	28 - 10	4	16	7	1	4	3	142	43
1987	88	68 - 77%	49 - 16	5	10	5	9	5	5	178	60
1988	58	51 - 87%	41 - 14	1	4	1	9	0	2	130	50
1989	76	65 - 85%	44 - 18	4	12	3	4	2	7	158	42
1990	75	57 - 76%	44 - 11	2	10	2	8	2	7	144	52
1991	98	80 - 81%	58 - 18	1	8	5	9	4	13	181	91
1992	124	101 - 81%	84 - 57	1	6	4	8	0	21	148	87
1993	56	46 - 82%	22 - 19	2	2	2	7	0	21	93	33
1994	35	32 - 91%	21 - 18	1	1	0	0	0	12	13	7
1995	107	94 - 87%	74 - 61	2	9	3	3	0	16	281	70
1996	164	144 - 88%	115 - 76	8	10	9	2	1	19	394	152
1997	135	107 - 79%	93 - 32	9	7	10	1	0	15	435	95
1998	145	113 - 78%	90 - 35	12	1	15	9	3	15	418	74
1999	141	112 - 79%	105 - 71	15	6	8	2	0	5	709	88
2000	160	126 - 79%	113 - 65	17	7	8	9	0	6	962	95
2001	135	113 - 84%	99 - 70	9	5	2	6	0	14	832	80
2002	195	150 - 77%	116 - 66	19	20	10	17	0	13	625	112
2003	158	121 - 77%	84 - 48	6	5	5	9	4	45	384	96
2004	147	102 - 69%	70 - 51	9	7	0	1	11	49	347	72
2005	133	122 - 92%	64 - 42	21	7	3	5	11	22	354	62
2006	150	97 - 65%	72 - 48	31	8	2	10	13	14	405	71
2007	178	127 - 71%	82 - 79	34	2	1	4	40	15	454	89

MOMBASA

ANNEE	Nombre de cas	Cas soumis par des femmes	Divorce et questions liées	Héritage	Entretien / Garde des enfants	Questions matrimoniales ou conjugales	Autres ou non indiqué	Mariages enregistrés	Divorces enregistrés
1987	286	280 - 98%	230	1	45	1	9	?	?
1988	329	312 - 95%	160	9	123	2	35	?	?
1989	287	279 - 97%	146	11	105	1	24	?	?
1990	292	277 - 95%	165	6	93	3	25	?	?
1991	341	331 - 97%	205	10	93	0	33	?	?
1992	390	377 - 97%	229	15	110	0	36	?	?
1993	430	415 - 96%	261	15	83	1	70	1837	?
1994	441	431 - 98%	283	17	79	1	61	1471	?
1995	376	361 - 96%	225	15	84	0	52	754	403
1996	339	288 - 85%	230	17	58	1	33	713	368
1997	315	304 - 96.5%	194	19	63	2	37	708	319
1998	342	333 - 97%	219	33	52	1	37	486	343
1999	300	292 - 97%	236	4	34	0	26	519	335
2000	325	308 - 95%	253	0	53	1	18	442	262
2001	352	335 - 95%	273	0	52	1	26	979	220
2002	331	318 - 96%	277	1	37	1	15	774	334
2003	336	315 - 94%	266	2	44	1	23	935	349
2004	323	300 - 93%	233	0	43	2	45	929	282
2005	301	272 - 90%	223	?	41	3	34	1238	254
2006	332	304 - 92%	250	2	52	18	10	1065	335
2007	366	335 - 91%	268	?	69	19	10	1268	311

Remarque : en ce qui concerne les litiges en matière d'héritage, à partir de 1999, les données sont incomplètes, les chiffres exacts en la matière n'ayant pas pu être obtenus.

MALINDI

ANNEE	Nombre de cas	Cas soumis par des femmes	Divorce et questions liées (dont divorce seul)	Héritage	Garde des enfants	Entretien	Dot	Autres	Mariages enregistrés	Divorces enregistrés
2000	56	49 - 91%	29 – 16	5	2	15	2	3	136	78
2001	67	50 – 77%	34 – 24	11	2	10	1	9	159	82
2002	53	39 – 83%	24 – 16	7	2	8	1	11	167	104
2003	51	38 – 75%	26 – 14	6	0	3	6	10	75	47
2004	59	45 – 76%	31 – 9	4	4	8	4	8	19	30
2005	78	54 – 69%	34 - 23	14	2	8	4	16	75	44

LAMU

ANNEE	Nombre de cas	Cas soumis par des femmes	Divorce et questions liées (dont divorce seul)	Héritage	Garde des enfants	Entretien	Dot	Autres	Mariages enregistrés	Divorces enregistrés
2001	47	40 – 85%	16 – 1	7	0	13	7	4	206	76
2002	48	36 – 75%	23 – 1	5	0	6	5	9	170	85
2003	54	47 – 87%	21 - 4	8	0	8	11	6	144	60
2004	67	59 – 88%	32 – 10	1	0	13	10	11	166	77
2005	36	30 – 83%	12 – 3	5	3	7	6	3	?	39
2006	58	47 – 77%	16 - 1	4	1	19	9	9	382	55

Remarque : pour de nombreux cas, le plaignant était considéré comme pauvre (23 en 2001, 18 en 2002, 21 en 2003, 18 en 2004, 3 en 2005 et 0 en 2006).

KWALE

ANNEE	Nombre de cas	Affaires civiles	Héritage	Mariages enregistrés	Divorces enregistrés
2005	72	18	54	175	14
2006	124	32	92	165	13

KISUMU

ANNEE	Nombre de cas	Cas soumis par des femmes	Divorce et questions liées dont divorce seul	Héritage	Entretien	Garde des enfants	Questions matrimoniales/ conjugales	Autres (dot, certificat de divorce, etc..)	Mariages enregistrés
1987	67*	?	12 – 6	2	10	5	0	10	?
1988	59	42 – 71%	11 - 6	8	13	2	3	22	?
1989	53	42 – 79%	24 – 19	4	9	0	1	15	?
1990	34	25 – 73.5%	14 – 4	3	7	2	0	8	?
1991	50	39 – 75%	11 – 9	7	12	4	6	10	?
1992	49	36 – 73%	21 – 12	11	4	2	2	9	?
1993	44	32 – 72%	10 – 8	3	2	0	1	28	?
1994	25	23 – 92%	11 – 4	0	0	1	0	13	?
1995	24	17 – 70%	12 – 6	1	5	1	1	4	?
1996	10	6 – 60%	3 – 1	2	1	2	0	2	?
1997	10	7 – 70%	4 – 3	1	1	0	0	3	?
1998	10	8 – 80%	4 – 4	2	2	1	0	1	?
1999	17	15 – 88%	10 – 3	4	1	1	0	1	?
2000	19	17 – 78%	10 – 5	4	0	0	0	5	?
2001	13	8 – 61.5%	9 – 4	4	0	0	0	0	?
2002	11	9 – 81%	3 – 1	3	0	0	1	4	?
2003	22	20 – 90%	8 – 8	4	0	1	3	6	?
2004	19	14 – 74%	6 – 3	5	0	2	6	0	?
2005	12	7 – 58%	3 – 3	4	0	0	1	4	38
2006	14	13 – 93%	12 - 12	1	0	0	1	0	?

* commence au cas n°28

le nombre de divorces enregistrés n'a pu être trouvé pour aucune des années

NAKURU

ANNEE	Nombre de cas	Cas soumis par des femmes	Divorce et questions liées dont divorce seul	Dot	Dot et autre question	Garde des enfants	Entretien	Héritage	Autres	Mariages enregistrés	Divorces enregistrés	
1976	3	?	?	?	?	?	?	?	?	?	?	
1983	3	?	1 - 1	0	0	0	1	0	1	?	?	
1984	1	?	0	0	0	0	0	1	0	?	?	
1985	0	?	0	0	0	0	0	0	0	?	?	
1986	1	?	1 - 1	0	0	0	0	0	0	?	?	
1987	1	?	0	0	0	1	0	0	0	?	?	
1988	1	?	1 - 1	0	0	0	0	0	0	?	?	
1989	1	?	1 - 1	0	0	0	0	0	0	?	?	
1990	6	5 – 83%	5 - 4	0	0	0	0	0	1	?	?	
1991	2	2 – 100%	2 - 0	0	0	0	0	0	0	?	?	
1992	6	5 – 83%	5 - 1	0	0	0	0	0	1	?	?	
1993	13	8 – 61.5%	4 - 4	0	0	0	2	1	6	?	?	
1994	Pas de données sur le nombre de cas pour ces années											
1995											73	?
1996											68	?
1997											10	?
1998											55	?
1999											34	?
2000											42	?
2001											61	?
2002											39	?
2003											34	?
2004											58	?
2005											92	57 – 62%
2006	80	54 – 67.5%	16 - 13	0	10	13	17	9	12	?	?	

NYERI

ANNEE	Nombre de cas	Cas soumis par des femmes	Divorce et questions liées dont divorce seul	Héritage	Entretien / Garde des enfants	Autres ou non indiqué	Mariages enregistrés	Divorces enregistrés
1995	20	7 – 35%	7 – 5	5	0	8	?	12
1996	15	10 – 67%	3 – 0	1	1	10	137	?
1997	20	8 – 40%	3 – 1	6	1	10	?	?
1998	9	8 – 89%	3 – 0	1	1	4	?	?
1999	18	6 – 33%	5 – 1	2	1	10	?	?
2000	8	4 – 50%	0	0	3	5	?	?
2001	12	8 – 67%	1 – 0	2	0	9	?	?
2002	20	13 – 65%	3 – 2	3	1	13	?	?
2003	8	5 – 62.5%	0	0	0	8	108	?
2004	14	13 – 93%	4 – 0	4	5	1	?	41
2005	17	15 – 88%	8 – 2	4	3	2	40	8

GARISSA

ANNEE	Nombre de cas	Cas soumis par des femmes	Divorce et questions liées (dont divorce seul)	Héritage	Entretien	Garde des enfants	Dot	Autres *	Mariages enregistrés	Divorces enregistrés
1999	133	126 – 95%	80 – 72	5	2	0	9	37	?	?
2000	121	106 – 88%	102 – 73	1	1	0	5	12	?	?
2001	149	138 – 93%	112 – 96	0	8	0	18	11	?	185
2002	121	113 – 93%	101 – 73	3	1	0	14	2	?	117
2003	146	140 – 96%	108 – 80	6	5	1	11	15	?	31
2004	152	146 – 96%	87 – 8	4	10	1	12	38	455	117
2005	196	186 – 86%	110 – 92	8	31	3	8	36	544	198
2006	201	185 – 92%	119 - 100	4	26	0	17	35	371	?

* concerne souvent le retour de la femme au domicile conjugal

Annexe 18. Proposition de règles de procédure spécifiques aux tribunaux de Kadhi

RULES OF PRACTICE AND PROCEDURE IN THE KADHI'S COURT(I)

(1) INSTITUTION OF MARRIAGE, DIVORCE AND PERSONAL STATUS SUITS

1.0. Institution of a suit for marriage, divorce and personal status be commenced by way of a form called *marital dispute claim form*.

1.1. The form shall be detailed but simple (refer annexure 1).

(2) SUMMONS AND SERVICES

2.0. Summons to appear and answer (refer annexure 2) is issued upon presentation of a claim form.

2.1. Service of the Summons shall be made in person by delivering and tendering a copy thereof with a copy of the claim unless the Court otherwise directs.

2.2. Where the serving officer delivers or tenders copies of Summons and claim form to the Respondent personally, he shall require the signature of the person to whom the copies are so tendered or delivered to acknowledge service thereof on the original Summons.

2.3. Where the Respondent refuses to sign the acknowledgment, or where the serving officer after using all due and reasonable diligence, cannot find the Respondent who is absent from his residence or at the place of service at the time when service is sought to be effected on him/her at his/her residence or the place of service within reasonable time, the serving officer shall affix copies of the Summons and the claim form on the outer door or some other conspicuous part of the premises in which the respondent resides or carries on business or works for gain and shall then return the original Summons to the Court from which it was issued, with a return of service stating that he has so affixed the copies, the circumstances under which he did so and the name and address of the person by whom the premises were identified and in whose presence the copies were affixed. The serving officer shall endorse on the original Summons the date and time when the copies were served.

2.4. Where the Court is satisfied that there is reason to believe that the Respondent is keeping out of the way for the purpose of avoiding service the court shall order service by an advertisement by fixing summons on the notice board of all Kadhi's courts in the Republic of Kenya.

(3) APPEARANCE AND ANSWER

3.0. The Respondent appears in person before the Kadhi together with the complainant after (15) days from filing of the suit to either admit or deny the claims (date to be given by the court).

3.1. If the Respondent admits to the claims judgment shall be entered in favour of the claimant to the extent of the respondents admission, if part of the claim is not admitted, the matter shall proceed to hearing.

3.2. In case the Respondent fails to appear and answer the court is satisfied that the Summons and claims were duly served, a hearing date shall be fixed by the court and the respondent served for the same.

3.3. In case the respondent wishes to defend himself/herself and also file counter claim, he/she shall be given 10 days to file and serve his/her reply thereof. The court shall fix hearing date within 20 days after filing of the reply.

3.4. On the hearing date, the case may proceed for the claimant to prove his/her case even if the Respondent is absent and or failed to put his/her reply provided that the court has confirmed the service thereof. However the Court shall have discretion to order otherwise as may deem just and proper.

3.5. Where the Respondent appeared and the claimant does not appear when the suit is called out, the court shall fix another hearing date unless the Respondent admits the claims in which the court shall record the Respondent's admission and pass judgment against the Respondent forthwith or make such order as the court may deem just and proper.

3.6. In case the claimant has no evidence to support his/her case, he/she can ask the court to compel the respondent to take oath. If the Respondent refuses to take oath then the oath is taken back to the claimant and if the claimant takes the oath, judgment is given in his/her favour according to this oath, if not the case shall be dismissed.

(4) JUDGMENT

4.0. Judgment shall be given in writing at the close of the hearing, if possible within (21) days at latest and should be clear and simple in language.

4.1. The judgment shall have the following particulars names :

(i) Name of parties in suit

(ii) Claims of the Claimant

(iii) Reply and/or counter claim of Respondent

(iv) Evidence given by the claimant and Respondent and their witnesses according to Islamic Law

(v) Findings according to the evidence submitted while stating authority from the sources of Islamic Law

(vi) Orders to comply par parties if any

4.2. The court will extract its own decree based upon its judgment and to be placed in the court file within 2 weeks of the reading of the judgment.

4.3. A copy of a decree shall be given to any interested party upon payment of the requisit fee.

4.4. The court will accept the parties to enter consent judgment within the limit of Islamic Law before the court enters its judgment.

4.5. Ex-parte judgment may be issued by the court where deemed jsut and proper according to Islamic Law.

(5) EXECUTION

CPA Section 38 Cap 21 to be adapted for execution but no interests shall be charged in calculations of decretal amount.

(6) DIGNITY OF THE COURT

6.0. The court must maintain its dignity at all times.

6.1. The Court shall have powers to punish any person who demeans or lowers the dignity of the Kadhi's court with punishment of contempt of court by fine or imprisonment upto (6) months or both

(7) REVIEW

7.0. The Court shall not entertain application for review except where exceptional circumstances where fundamental facts or issues were hidden from the court.

(8) SAVING PROVISIONS

8.0. The Court shall have discretion to allow change of procedure in special circumstances.

8.1. The Court shall have discretion to extend the time stipulation of the performance of any act under these rules where it deems exceptional circumstances exist.

8.2. The court will attempt to achieve the ends of justice in accordance with Islamic Law without being bound by the Technicalities or procedures.

(9) APPLICATION IN THE MAIN SUIT

9.0. The Court shall have discretion to reject any application which will unnecessarily delay the expeditious completion of the main suit.

(10) APPLICATIONS

10.0. All applications filed in the Kadhi's Court shall be required to meet the Islamic principles of evidence bearing in mind that a supporting affidavit or reply thereto may not satisfy the requirement.

10.1. Every notice of motion shall be supported by reliable grounds of evidence and should meet the Islamic Principles of Evidence

10.2. If upon the hearing of any motion, the Court is of the opinion that sufficient notice has not been given or that any person to whom notice has not been given ought to have had such notice, the Court may adjourn the hearing thereof in order that such notice may be given upon such terms, if any as the Court may think fit to impose.

10.3. The hearing of any motion may from time to time be adjourned upon such terms as the Court thinks fit.

10.4. It shall not be necessary in a motion to ask for costs, or for general or other relief, which may be granted by the Court as it thinks fit.

10.5. All applications by motion shall be deemed to have been made when the motion was filed in Court.

10.6. Every motion shall bear at the foot the words :-

« If any party served does not appear at the time and place above-mentioned such order will be made and proceedings taken as the Court may think just and expedient ».

10.7. Any Respondent who wishes to oppose any motion shall file and serve on the applicant a replying affidavit, if any, not less than 3 clear days before the date of hearing.

10.8. If the Respondent attends Court but fails to file his/her replying affidavit, he/she may be given an opportunity to file the same within 3 days and hearing date given by the Court.

10.9. If the Respondent fails to attend the court and the court proves that he/she has been duly served with the notice the matter may be heard ex-parte for the applicant to prove his/her claim.

10.10. The court may set aside an order made ex-parte.

Annexure ①



REPUBLIC OF KENYA

IN THE KADHI'S COURT AT

SUIT NO. OF 20

.....CLAIMANT

VERSUS

.....RESPONDENT

MARITAL DISPUTE CLAIM FORM

1. CLAIMANT'S PARTICULARS

- a. FULL NAME
- b. ADDRESS
- c. RESIDENCE
- d. GENDER (MALE / FEMALE)
- e. AGE
- f. WHETHER SOUND / UNSOUND MIND
- g. OCCUPATION
- h. FAITH / RELIGION

2. RESPONDENT'S PARTICULARS

- a. FULL NAME
- b. ADDRESS
- c. RESIDENCE
- d. GENDER (MALE / FEMALE)
- e. AGE
- f. WHETHER SOUND / UNSOUND MIND
- g. OCCUPATION
- h. FAITH / RELIGION

3. FULL DETAILS OF MARITAL DISPUTE

[P.T.O.]

4. RELIEF SOUGHT (CLAIMS)

5. EVIDENCE IN SUPPORT OF YOUR CLAIM
(e.g. State Number of witnesses and Attach documentary evidence)

6. THE FACTS SHOWING THAT THE COURT HAS JURISDICTION

7. DATED AT This day of

CLAIMANT

DRAW AND FILED BY

TO BE SERVED UPON

Annexure 2

(Part II)

(MONS TO APPEAR AND ANSWER



REPUBLIC OF KENYA

IN THE KADHI'S COURT AT

SUIT NO. OF 20

..... } Claimant

against

..... } Respondent

TO:

WHEREAS the above-name Claimant has instituted a suit against you upon the claim, the particulars of which are set out in the copy Claim form with annexure attached hereto

YOU ARE HEREBY REQUIRED to attend Court on to either admit or deny in the said suit.

Should you fail to appear on the date and time mentioned above, the case shall be fixed for hearing and you'll be served with a hearing notice.

Given and issued under my hand and the Seal of Court this
Day of 20

.....
Chief Kadhi Kadhi
Magistrate Executive Officer

You should appear in this suit in person or with your duly appointed advocate at
.....

I have received copies of the summons and the claim this Day of
..... 20 At o'clock.

.....
Signature of Recipient

AFFIDAVIT OF SERVICE

I, a Process Server of this Court make oath/affirm
and say as follows:

This said Respondent was
at the time personally known to me, and I served summons on him/her on the day
of 20 at about o'clock in the noon
at by tendering a copy therefore to him/her and requiring his/her signature
on the principal.

.....
Deponent

Sworn / Affirmed by the said
at this day of 20

Before me

.....
Chief Kadhi / Kadhi / Magistrate

Note - If substituted service has been ordered state fully and exactly the manner in which the process was
served with special reference to the terms of any order for substituted service.

JKF - 10/2000

RULES OF PRACTICE AND PROCEDURE IN THE KADHI'S COURT (II)

(1) INSTITUTION OF SUCCESSION SUIT

1.0. Every succession suit in Kadhi's Court be commenced by filing succession petition (Annexure 1) by the petitioner to the court.

1.1. The succession petition shall have the following particulars :-

- (i) Name of the Petitioner
- (ii) Address of the Petitioner
- (iii) Residence of the Petitioner
- (iv) Faith (religion) of the Petitioner
- (v) Petitioner's Relationship with the deceased
- (vi) State of mind (sound/unsound)
- (vii) Name of the Respondent (if any)
- (viii) Address of the Respondent
- (ix) Residence of the Respondent
- (x) Faith (religion) of the Respondent
- (xi) Respondent's Relationship with the deceased
- (xii) Name of the deceased
- (xiii) Date and place of death
- (xiv) Particulars of the estate of the deceased
- (xv) Debts and liabilities
- (xvi) Interstate or testate
- (xvii) Proof and Death such as Death notification, Burial permit or Death certificate.

1.2. Upon filing succession petition at the Kadhi's Court registry, Summons requiring the Respondent to appear in the court in person on the day and at the time therein mentioned and state whether he/she contests the claim which will be not less than (15) days after filing.

1.3. When the Respondent appears and if he/she contests to receive directions as to the date on which he/she shall file written answer to succession petition, the date on which the suit shall be heard and other necessary matters; and if he/she doesn't contest, then the normal Islamic procedure of identifying the deceased heirs, their shares and the estate for the final disposal of the suit to be done and/or as the court may order.

(2) SUMMONS AND SERVICES

2.0. Summons to appear and answer (refer annexure 2) is issued upon presentation of a claim form.

2.1. Service of the Summons shall be made in person by delivering and tendering a copy thereof with a copy of the claim unless the Court otherwise directs.

2.2. Where the serving officer delivers or tenders copies of the Summons and claim form to the Respondent personally, he shall require the signature of the person to whom the copies are so tendered or delivered to acknowledge service thereof on the original Summons.

2.3. Where the Respondent refuses to sign the acknowledgment, or where the serving officer after using all due and reasonable diligence, cannot find the Respondent who is absent from his residence or at the place of service at the time when service is sought to be effected on him/her at his/her residence or the place of service and there is no likelihood of his/her being found at the residence or the place of service within reasonable time the serving officer shall affix copies of the Summons and the claim form on the outer door or some other conspicuous part of the premises in which the respondent resides or carries on business or works for gain and shall then

return the original Summons to the Court from which it was issued, with a return of service stating that he has so affixed the copies, the circumstances under which he did so and the name and address of the person by whom the premises were identified and in whose presence the copies were affixed. The serving officer shall endorse on the original Summons the date and time when the copies were served.

2.4. Where the Court is satisfied that there is reason to believe that the Respondent is keeping out the way for the purpose of avoiding service the court shall order service by an advertisement by fixing summons on the notice board of all Kadhi's courts in the Republic of Kenya.

(3) APPEARANCE AND ANSWER

3.0. The Respondent appears in person before the Kadhi together with the complainant after (15) days from filing of the suit to either admit or deny the claims (date to be given by the court).

3.1. If the respondent admits to the claims judgment shall be entered in favour of the claimant to the extent of the respondent's admission, if part of the claim is not admitted, the matter shall proceed to hearing.

3.2. In case the Respondent fails to appear and answer and the court is satisfied that the Summons and claims were duly served, a hearing date shall be fixed by the court and the Respondent served for the same.

3.3. In case the Respondent wishes to defend himself/herself and also file counter claim, he/she shall be given 10 days to file and serve his/her reply thereof. The court shall fix hearing date within 20 days after filing of the reply.

3.4. On the hearing date, the case may proceed for the claimant to prove his/her case even if the Respondent is absent and or failed to put his/her reply provided that the court has confirmed the service thereof. However the Court shall have discretion to order otherwise as may deem just and proper.

3.5. Where the Respondent appears and the claimant does not appear when the suit is called out, the court shall fix another hearing date unless the Respondent admits the claims in which case the court shall record the Respondent's admission and pass judgment against the Respondent forthwith or make such order as the court may deem just and proper.

3.6. In case the claimant has no evidence to support his/her case, he/she can ask the court to compel the Respondent to take oath, if the Respondent refuses to take oath then the oath is taken back to the claimant and if the claimant takes the oath, judgment is given in his/her favour according to this oath, if not the case shall be dismissed.

(4) JUDGMENT

4.0. In succession petition, the judgment shall be given in writing and pronounce at the close of hearing if possible or within 21 days at the latest.

4.1. The succession judgment must contain the following issues :-

- (i) Names of the parties in the suit
- (ii) Death of the deceased
- (iii) Debts and liabilities
- (iv) Names of heirs and their shares
- (v) The extent of the estate
- (vi) State the claim of the petitioner and frame issues
- (vii) State the Court's findings according to evidence submitted while stating authority from the sources of Islamic law
- (viii) State orders and judgment clearly and in simple language.

4.2. The Court will extract its own decree based upon its judgment and to be placed in the Court file within (2) weeks of pronouncing of the judgment.

4.3. A copy of a decree shall be given to any interested party upon payment of the requisite fees.

4.4. The Court will accept the parties to enter consent judgment within the limits of Islamic law before the court enters its judgment.

4.5. Ex-parte judgment may be issued by the court where deemed just and proper and/or it may set aside the same according to Islamic law.

(5) EXECUTION

CPA Section 38 Cap 21 to be adapted for execution but no interests shall be charged in calculations of decretal amount.

(6) DIGNITY OF THE COURT

6.0. The Court must maintain its dignity at all times.

6.1. The Court shall have powers to punish any person who demeans or lowers the dignity of a Kadhi's Court with punishment of contempt of court by fine or imprisonment upto 6 months or both.

(7) REVIEW

7.0. The Court shall not entertain application for review except where exceptional circumstances where fundamental facts or issues were hidden from the court.

(8) SAVING PROVISIONS

8.0. The Court shall have discretion to allow change of procedure in special circumstances.

8.1. The Court shall have discretion to extend the time stipulation of the performance of any act under these rules where it deems exceptional circumstances exists.

8.2. The Court will attend to achieve the ends of justice in accordance with Islamic Law without being bound by the technicalities or procedures.

(9) APPLICATION IN THE MAIN SUIT

9.0. The Court shall have discretion to reject any application which will unnecessarily delay the expeditious completion of the main suit.

(10) INSTITUTION OF PROBATE AND SUCCESSION MATTER OF A DECEASED MUSLIM ESTATE

10.0. Any person who is an heir or has an interest in the administration and/or succession of a deceased Muslim estate may institute such proceedings in the Kadhi's Court by way of succession petition for probate administration form.

10.1. The succession petition for probate and Administration form shall have the following particulars :-

- (i) Name of Petitioner
- (ii) Address of the Petitioner
- (iii) Residence of the Petitioner
- (iv) Faith (religion) of the Petitioner

- (v) Petitioner's relationship with the deceased
- (vi) Name of the Respondent/Objector
- (vii) Address of Respondent/Objector
- (viii) Residence of the Respondent/Objector
- (ix) Faith of the Respondent/Objector
- (x) Respondent's relationship with the deceased
- (xi) Name of the deceased
- (xii) Date and place of death
- (xiii) Names, age, and relationship of the heirs
- (xiv) Particulars and/or extent of the state of the deceased
- (xv) Debts and liabilities
- (xvi) Intestate or testate (if there is a will it be attached)
- (xvii) Proof of death such as a Death notification, burial Permit or Death certificate
- (xviii) Signature of the Petitioner
- (xix) Estimate value of the estate

(Annexure I)

REPUBLIC OF KENYA
IN THE KADHI'S COURT AT MOMBASA
SUCCESSION CASE NO. OF 20....

IN THE MATTER OF THE ESTATE OF (DECEASED)
..... PETITIONER
VERSUS
..... RESPONDENT

SUCCESSION PETITION

1. The Petitioner is a Muslim and adult of sound mind. The postal address is
..... and residential address is
..... for the purpose of this petition. He/she is holder of Kenyan
Passport /ID (or state)..... No.....
2. The Respondent is a Muslim and adult of sound mind. The postal address is
..... and residential address is
..... for the purpose of this petition. He/she is holder of Kenyan
Passport /ID (or state)..... No.....
3. The Deceased died sometimes on at
(Attach Death Certificate/Burial Permit)
4. The Deceased died testate /intestate - (Attach a copy of will if any)
5. The deceased was survived by the followings:- (State names, age and relationship to the deceased)
 - a)
 - b)
 - c)
 - d)
 - e)
 - f)
 - g)
 - h)
 - i)
 - j)
6. The deceased left the following properties and/or estate:-
 - a)
 - b)
 - c)
 - d)
 - e)

PETITIONER

.....

.....

.....

.....

Annexe 19. Exemple de proposition faite dans le cadre des travaux en vue d'une codification du droit islamique au Kenya

MUSLIMS FOR HUMAN RIGHTS (MUHURI)
RESEARCH ON ISLAMIC PERSONAL LAWS
REPORT OF WOMEN'S WORKSHOP TO DISCUSS MUSLIM PERSONAL LAWS ON
MARRIAGE, DIVORCE AND INHERITANCE
HELD AT KONRAD ADENAUER FOUNDATION OFFICES, MUCAI DRIVE, NAIROBI
15-16 DECEMBER 2005

1.0. Background

This workshop was part of an on-going research into Muslim personal laws on marriage, divorce and inheritance being carried out by three groups – Office of the Chief Kadhi of Kenya, Muslims for Human Rights (MUHURI) and the Council of Imams and Preachers of Kenya (CIPK). The project is being funded by the Konrad Adenauer Foundation.

2.0. Introduction

The Office of the Chief Kadhi of Kenya, Muslims for Human Rights (MUHURI) and the Council of Imams and Preachers of Kenya (CIPK) organized for a Women's Workshop with the objective of reconciling the Muslim personal laws on marriage, divorce and inheritance with human rights issues. This workshop was organized in Nairobi on 15th and 16th December, 2005. The following is a report of what transpired in the two days workshop.

3.0. Marriage

3.1. Introduction to Islamic Marriages in Kenya

The Islamic marriage is a legal contract between a man and a woman who :

- should both be Muslims ;
- should both be sane (in good and mature state of mind) ;
- should both be 18 years old or above ;
- should both agree to become husband and wife.

Certain conditions must be fulfilled for a marriage to be declared legal. These include the following :

- a Wali, two male witnesses of sound mind and a Kadhi or a qualified Sheikh registered at the Kadhi's Court have to be present at the marriage ;
- the dowry should preferably be paid before the wedding but if agreed by both the parties, it can be paid later in the marriage ;
- the dowry must be paid to the bride and should be what she asks for ;
- Nikkah should be allowed if a woman is already pregnant ;
- women who get children outside wedlock can be married.

3.2. The Different Types of Marriage Under Islamic Law

There are two types of marriages :

- a) 1st time marriage (when the woman is a virgin)
- b) 2nd time marriage (when the woman is a widow or a divorcee).

The stages for the first type of marriages are as follows :

- a) Identification (the partner has to be identified in an Islamic manner where four key areas are taken into account i.e. religion, beauty, family ties and wealth) ;
- b) Consultation (the marriage can take place only with the agreement of both parties, both parties should undergo medical check-up before the marriage) ;
- c) Nikkah.

The stages for the second type of marriage are the same as of the first type of marriage but with a small difference –while in the first type of marriages the woman is given out by her parents or by a guardian, in the second type of marriage the woman may give herself out.

3.3. Agreements Reached by Participants on Marriage

The following were discussed and agreements reached by the participants :

- a) Secret marriages – it was the view of participants that these types of marriages should be disallowed ;
- b) Access to Kadhi's Courts – participants suggested that the courts be decentralised in each region ;
- c) Kadhis and Sheikhs must be trained, registered and qualified. They should have the necessary documents (e.g. marriage, divorce and reversion certificates) ;
- d) The Kadhi's court should have a woman section : where women should be able to express their feelings or even to open up in case of abuses ;
- e) Marriages must have registration certificates. The certificates :
 - should be signed by the both parties
 - should include a written consent on the parties' duties and rights and the signature of both the parties ;
 - should be issued to the married couples after the Nikkah ;
 - should be translated in many languages (Kiswahili, English, Somali, Kikuyu...)to be understandable by all ;
- f) H.I.V. tests should become a must ;
- g) Considering that the right of a girl to be married is 18 (and above) because at this age the body is fully grown and ready to take the motherhood changes, it should be necessary to improve the girls' education and to guarantee a marital counseling for the girls under the age of 18 who want to get married so that they can give an informed consent free from the parents' or guardian's influence ;
- h) It should be mandatory to provide counseling for both the parties before the marriage so that they can understand well their duties and rights ;
- i) Marriage contracts should include the woman's intentions about her education (e.g. if the woman wants to continue with her education or pursue a diploma at a higher level) ;
- j) Notification of the intention of marriage should be given to the Kadhi before the marriage ;
- k) Counseling should be given to those who want to revert while in a non-Islamic marriage.

4.0. Inheritance

4.1. Definition of Inheritance

Inheritance is a process of acquiring property left behind after one's death.

4.2. Introduction to Islamic Inheritance

To consolidate the economic aspect of women, besides granting her right to independent ownership, Islam grants her the right to inherit from her parents relatives, husband and offspring.

The Qur'an declares :

« There is a share for men in what has been left by parents and near relatives, and there is a share also for women in what has been left by parents and near relatives, whether it is a little or much : for this share has been prescribed (by Allah) ». (Al-Qur'an, 4 :7)

Here, the share is absolutely hers and no one can make any claim on it, including her husband. The variation in women's inheritance rights is only consistent with the variations in financial responsibilities of man and woman according to the Islamic Law. Man, in Islam, is fully responsible for the maintenance of his wife, his children and in some cases of his needy relatives, especially the female.

4.3. The different types of Inheritance Under Islamic Law

In Islamic Law, there are four different types of inheritance :

- a) After father's death ;
- b) After mother's death,
- c) After husband's death,
- d) After wife's death.

The inheritance must fulfill certain conditions to be declared legal. These include the following :

- Inheritance has to be based on principle of equity ;
- The debts have to be paid immediately after the death ;
- The will has to be read after a period of time ;
- Children born out of a wedlock cannot inherit unless the father has indicated in the will what he/she will get ;
- In case of father's or mother's death, sons get twice what daughters get, if there is only a daughter, she gets $\frac{1}{2}$ of the inheritance, if there are more than one daughters, they get $\frac{2}{3}$ of the inheritance ;
- In case of son's or daughter's death, parents get $\frac{1}{6}$ of the inheritance if he or she has children, if there are no children, father gets $\frac{2}{3}$ and mother $\frac{1}{3}$ of the inheritance, if there are sisters or brothers, they get $\frac{4}{6}$, father $\frac{1}{6}$ and mother $\frac{1}{6}$ of the inheritance ;
- In case of husband's death, the wife gets $\frac{1}{4}$ of the inheritance. If there are children, she gets $\frac{1}{8}$ of the inheritance ;
- In case of wife's death, the husband gets $\frac{1}{2}$ of the inheritance. If there are children, he gets $\frac{1}{4}$ of the inheritance.

5.0. Divorce

5.1. Introduction to Islamic Divorce

Literary, divorce means to set loose but technically it means to dissolve a marriage. Although Islam places a great importance on the marriage integrity and declares it holy and honorable, it also legalizes divorce that breaks this great bond. However, the divorce is allowed when the marriage fails to serve its purpose and when every effort to save the marriage has failed. According to the Holy Prophet (SAW) words,

« Of all lawful things divorce is the most detestable in the sight of God ».

Even though divorce has to clearly fulfill certain conditions to be declared legal, it does present some worrying aspects. These include :

- Sometimes husbands don't take the cases to the Kadhi ;
- Sometimes Kadhis are not seen in their offices ;
- Women are afraid to go to the Kadhi to proceed with their cases fearing biasness ;
- Women don't know their rights.

5.2. Elements of Divorce (Talaq)

The elements of divorce under Islamic Law are :

- a) The person who gives out the divorce is the husband ;
- b) The divorcee is the wife ;
- c) The intention has to be there ;
- d) Clearly said/written out (e.g. 'I have divorced you' or 'you have divorced', etc.).

5.3. Reasons why the Divorce is in the Hands of Husbands

- Men are protectors of their wives ;
- Women are more emotional than men, hence they could break marriages for every minor reason ;
- Financial burden involved as a result of Talaq is sustained by the husband so he is resistant to rush into it.

5.4. Divorce Cannot take Place if a Woman :

- Is in her menses period ;
- Has given birth (post natal bleeding) ;
- Is pregnant.

5.5. Classification of Divorce

a) Talaq al Sunni : this kind of divorce is pronounced according to the procedure approved by the Holy Prophet Muhammad (SAW) and his companions. It is pronounced once by a husband to his wife during the period of purity (in which he has not co-habited with her). This is a valid Talaq. The husband has only to pay maintenance allowance during the probation period (eddat) which is three months ;

b) Talaq al Bidhi or innovated divorce : this kind of divorce is not pronounced according to the procedure approved by the Prophet (SAW) because it is pronounced at a time when a woman is in her menstruation period. This type of divorce is considered null and void ;

c) Khul'ah : this is the divorce on the instance of the wife's request. The wife must pay her husband compensation in order to accept divorcing her. Contrary to Talaq, Khul'ah cannot occur without the Kadhi's intervention ;

d) Fasakh : if after one year the husband is not taking care of his wife, she has the right to go to the Kadhi requesting Talaaq.

5.6. Different types of Divorce

- Revocable : a Husband can pronounce one or two revocable divorces to his wife having the right to revise the divorce without the necessity of re-marrying her. It can be exercised during the period of probation ;
- Irrevocable : after the third pronouncement the husband can not have recourse to his wife unless she marries another person who divorces her willingly.

5.7. Challenges about Divorces

- Women know very little about divorce under Islamic Law so they should be educated ;
- The steps of divorce have to be institutionalized ;
- Kadhis should not be given permission to refuse to give a divorce unless conflicts are solved ;
- There must be witnesses present ;
- Islamic law has to be used in proper manner ;
- Divorcees must be issued with certificates ;
- It is necessary to try and reduce divorce cases (also through Kadhi's counselling) ;
- The partner requesting divorce should be counseled to ensure their certainty.

6.0. Children Welfare

6.1. Introduction to Children Welfare in Kenya

A father is responsible for clothes, food, medical assistance and education of his children. Children are supposed to stay with the mother until they reach puberty (15 years for boys and 14 years for girls).

6.2. Challenges about Children Welfare Issues

- It is necessary to ensure that fathers fulfill their responsibilities ;
- Children should be treated equally ;
- Women should not be stressed by their husbands when they ask for resources to take care of the children ;
- Kadhis should have the legal power to force fathers to fulfill their responsibilities ;
- Kadhis should have jurisdiction in dealing with children within and out of marriage ;
- Kadhis should have the responsibility of deciding, after consultation whether a man can afford another wife ;
- Any child should not be aborted unless with the authority of the Kadhi ;
- Husbands, wives and children have to be made aware of their rights in a family ;
- Kadhis have to be qualified Muslim men or women ;
- Kadhi should have assistance in their offices.

7.0. Conclusion

The turnout was not particularly good. This was contributed by the fact that the workshop had been postponed twice already before it finally took place. Nevertheless the levels of

understanding of issues by the participants who turned up was quite high. The fact that professionals including lawyers, educationists and doctors were present made the output be of very high quality.

Key recommendations were made by this workshop that if adopted will change the application of Islamic Law in the country. One of them is the possibility of having female Kadhis and/or having a section of the Kadhi courts that specifically deals with women issues.

Another key recommendation that was made was to have the minimum age of a bride admissible for marriage set at 18 years. This recommendation had the input of an experienced doctor who explained the growth of a woman and why 18 should be declared the minimum age admissible. In general, the workshop was successful. Participation was high and most women urged the organizers to carry on with the project and see it to the end. They said the outputs of the project will very much improve the status of Muslim women.

They thanked the organizers – Office of the Chief Kadhi, Muslims for Human Rights (MUHURI) and the Council of Imams and Preachers of Kenya (CIPK) and also the funders of the whole project Konrad Adenauer Foundation (KAF).

**Report Compiled by :
Mariam Shokatali and Hussein Khalid.**

Annexe 20. Documents fournis par les tribunaux de Kadhi (certificat de mariage et de divorce)

ORIGINAL

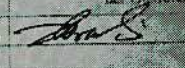


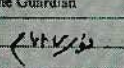


B No 052634

شهادة زواج
CERTIFICATE OF MARRIAGE ISSUED AT MOMBASA

اسم ولي الزوج Name of Husband's Guardian or Wali	بكر أم لا Whether Virgin or not	اسم الزوجة وأصلها Name of Wife; and Residence	اسم الزوج وأصله ومكانه Name of Husband; and Residence	رقم No.
Himself	Virgin	Halima Dida Chelicha Gungu Mombasa ID No 24315937	Ibrahim Ali Raha Gungu Mombasa ID No 11888415	178107

تدوينة Amount of Dowry	تاريخ يوم عقد النكاح Date of Marriage	اسم الشهود بالنيابة الوكلاء أو الولاية Name of Witnesses to consent by the Guardian	اسم ولي الزوجة أو وكيلها Name of Wife's Guardian or Wali
4 cows	10.12.2005	Sheikh Nurin Imam 1. Atidi Sora 2. Nur Hassan Rao MD SHKDHIMBAH 07-120	Her Father Dida Chelicha Duma ID No. 0411615

تاريخ الكتابة Date of Registration	اسم المالك أو المالكات المنزل Name of owner of house where the marriage took place	اسم البلد الذي عقد النكاح Name of Town where marriage took place	مبلغ الفدية المسلم Amount of Dowry paid
23.2.2007	Masrid Sheikh Nurin	Mombasa	Not yet given

مصدق الزوجة والزوج Signature of the Husband and Wife or her Guardian	مصدق الشهود بالنيابة وكلاء الزوجة Signature of Witnesses to consent by the Guardian	مصدق الشهود بالنيابة Signature of Witnesses to the marriage	مصدق الزوجة والزوج Signature of Registrar
 (Husband)  (Wife)  (Wali)			

تمت
Done

قد نقلت هذه القراءة من جيب الذي في راجعة النكاح ثلثا حاضرا
Certified this ... this Certificate of Marriage ... the Registrar.

23.2.2007

ORIGINAL

هذه شئنت راجعة الطلاق في بلدة

D No 29849

CERTIFICATE OF DIVORCE ISSUED AT MOMBASA

عدد الطلاق No. of Divorces (Twasika)	تاريخ يوم الطلاق Date of Divorce	اسم المطلقة ومكانها Name and place of Residence of Divorcee (F)	اسم المطلق ومكانه Name and place of Residence of Divorcee (M)	نمبر No.
The First one	1.5.2006	Rhadija Mohamed Bosheikh Mto Panga	Ahmed Said Abdalla Mwandani Mombasa	12/07
		ID No: 11874973	ID No: 9776197	

اسماء الشهود المأخوذون بالطلاق Names of Witnesses to Divorce	اسم راعي البيت Householder's Name	اسم البلدة التي وقع الطلاق فيها Name of Town	كيفية الطلاق Conditions of Divorce
1. Salim Brek	Ahmed Said Abdalla	Mombasa	Revocable
2. Faruk Swaish			

صحيح الشاهد معترف الزوج Signature of Witness who knows the Divorcee (M)	صحيح المطلق والمطلقة Signatures of Divorcee (M) and Divorcee (F)	تاريخ تهما الكتابة هنا Date of Registration	اسم الشاهد معترف الزوج عند المصتر Name of person who identifies Divorcee (M) before the Registrar
<i>[Signature]</i>	<i>[Signature]</i> M <i>[Signature]</i> F	17.1.2007	Salim Brek

صحيح الشهود لاثبات الوكالة Signature(s) of Witness(es) to Authority of Proxy	صحيح الراجست Signature of Registrar	الغرامة Fees paid
<i>[Signature]</i>	<i>[Signature]</i>	200/-

الغرامة Fees paid	الغرامة Fees
	200

Date 17.1.2007

قد نقلت هذه الوثيقة بموجب القانون في راجعة الطلاق في بلدة مومباسا
Certified true copy of Divorce Certificate as per Divorce Register.

G.P.O. 1975-2000 No. 11/1000

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	7
I- Analyser le droit sans être juriste. Problématique de la recherche.....	9
1) L'étude du droit comme outil de compréhension des sociétés post-coloniales.....	12
2) Religion et politique : un couple pertinent pour la compréhension des sociétés africaines. .	18
3) Le Droit : quel rôle dans la construction / affirmation de l'identité ?.....	22
II- Les défis d'une recherche en milieu musulman au Kenya.	27
1) La présence musulmane au Kenya.....	29
2) Les divers courants de l'islam kenyan.	33
3) Une recherche sur l'islam dans le contexte kenyan : enjeux et méthode.	35
III- Hypothèses de travail et leur articulation.....	39
1) Les hypothèses de travail.....	39
2) Présentation de l'analyse.	41
 PREMIÈRE PARTIE	
UNE INSTITUTION ORIGINALE DU SYSTÈME JURIDIQUE KENYAN	43
 CHAPITRE PREMIER	
UN HÉRITAGE : LES FACTEURS HISTORIQUES ET POLITIQUES DE L'EXISTENCE DE JURIDICTIONS DE DROIT MUSULMAN AU KENYA	47
I- Les origines lointaines d'un système de justice musulmane au Kenya.....	50
1) De la présence passive de migrants étrangers à l'instauration du Sultanat de Zanzibar : l'influence croissante des Omanais sur les structures politiques de la Côte orientale de l'Afrique.	52
a. Les structures politiques antérieures à l'instauration du Sultanat de Zanzibar : l'influence diffuse et progressive des migrants musulmans.....	52
b. Les principes d'organisation politique à Oman et leur impact sur l'administration de la Côte orientale de l'Afrique.	56
2) L'instauration du Sultanat de Zanzibar ou l'unification administrative et judiciaire de la Côte orientale de l'Afrique.	58
a. La domination administrative omanaise à l'époque du Sultanat de Zanzibar.....	58
b. L'administration de la justice et l'influence musulmane sur l'organisation d'un système judiciaire primitif.....	61
II- Les tribunaux de Kadhi sous la colonisation britannique : une institution révélatrice de la politique des colons à l'égard des musulmans.....	65
1) Le maintien des institutions de droit musulman, respect de la culture islamique ou politique d'accommodation des élites arabes ?	68
a. Les accords entre les Britanniques et le Sultan sur l'administration de la Côte : un maintien de souveraineté symbolique, assorti de la garantie d'une préservation des institutions de droit musulman.	69

b. Les institutions de droit musulman : un élément révélateur du statut préférentiel accordé aux Arabes au sein de l'administration coloniale.....	75
2) L'octroi d'un statut légal aux Kadhis : une politique de contrôle et de « marginalisation » des institutions islamiques traditionnelles sous couvert de leur officialisation.	81
a. L'intégration des Kadhis à un système juridique élaboré.	82
- Le rattachement des Kadhis à l'administration judiciaire dans le cadre de l'adoption de nouvelles législations.	82
- La question sensible de l'étendue de la juridiction des Kadhis.	86
b. Le statut problématique du Sheikh-ul-Islam ou « Chief Kadhi ».....	89
3) L'établissement de tribunaux de Kadhi en dehors de la Bande Côtière.....	94
a. Un compromis bancal pour l'établissement d'un Kadhi à Nairobi : un juge sans tribunal.	95
b. Un tribunal pour une région largement musulmane : le cas de la Province du Nord-Est.	100
c. Un Kadhi pour une zone à minorité musulmane : la Province du Nyanza.	103
III- Le maintien des tribunaux de Kadhi à l'indépendance : le résultat d'un compromis politique.	107
1) L'avenir incertain des tribunaux de droit musulman au moment de l'accession à l'indépendance.	108
a. Les positions de l'administration coloniale en faveur d'un rattachement des institutions de droit musulman au système judiciaire.	109
b. Le facteur musulman sur la Côte lors des préparatifs pour l'indépendance.	111
- Les pressions musulmanes pour une forme d'autonomie de la Bande Côtière.	112
- Le rapport Robertson et la solution du compromis : le rattachement au Kenya en échange du maintien des juridictions de droit musulman.	115
c. Le statut incertain du Northern –Frontier District (NFD).	119
2) La redéfinition du statut des tribunaux de Kadhi et du droit musulman dans le cadre de la politique d'unification judiciaire.	123
a. Le vote du Kadhi's Courts Act : la reconnaissance officielle des institutions de droit musulman.	124
b. Les tentatives d'unification de la législation en matière de statut personnel et l'opposition des musulmans : vers la consolidation de la reconnaissance officielle de l'application du droit islamique.....	130

CHAPITRE DEUX

UN ENJEU POLITIQUE CONTEMPORAIN

LES TRIBUNAUX DE KADHIS DANS LE CADRE DE LA RÉFORME

CONSTITUTIONNELLE..... 141

I- La coopération interconfessionnelle des organisations religieuses en vue d'une révision rapide..... 145

- | | |
|---|-----|
| 1) Les origines du processus de réforme : les organisations religieuses à l'avant-garde du changement « par le bas »..... | 147 |
| a. Les organisations religieuses fer de lance du mouvement de réforme et la coopération interconfessionnelle dans le cadre de l'Initiative Ufungamano. | 149 |
| - Les origines chaotiques du processus de révision constitutionnelle. | 149 |

- La naissance de l'Initiative <i>Ufungamano</i> et les leaders religieux comme garants de la réforme.....	153
- Le rôle fondamental d' <i>Ufungamano</i> dans la mise en œuvre effective de la réforme. ..	157
b. Le travail de la Commission Kenyane de Révision Constitutionnelle (CKRC) après l'intégration d' <i>Ufungamano</i> et l'élaboration du projet de nouvelle Constitution.....	161
2) Les musulmans dans le cadre du mouvement de réforme : un engagement original.....	165
a. L'engagement politique des musulmans kenyans après l'ouverture au multipartisme : contestation et participation hors des circuits légaux. L'épisode de l'Islamic Party of Kenya (IPK).	167
b. Les musulmans dans le cadre du processus de révision constitutionnelle : une redéfinition de leurs modalités d'engagement politique ?.....	174
II- Compétition interconfessionnelle et affirmation identitaire. Le statut controversé des juridictions kadhiales dans la Constitution.....	183
1) La mise en question des tribunaux de Kadhis au nom du respect de l'égalité religieuse. ..	185
a. L'évolution du statut des juridictions kadhiales dans les différentes propositions de Constitution : de leur amélioration à la recherche d'un compromis.	187
b. Les positions de la Kenya Church et la controverse relative aux juridictions kadhiales à l'origine de l'échec du dialogue interconfessionnel.	193
2) La place des tribunaux de Kadhis dans la Constitution.....	205
a. Les dispositions constitutionnelles relatives aux tribunaux de Kadhis accordent-elles un statut privilégié à l'islam ?.....	207
b. La difficile conciliation entre droit commun et droit particulier.....	211
c. Un symbole de la reconnaissance du pluralisme juridique dans une société multiculturelle.	216
3) Un enjeu identitaire ? L'impact de la question des tribunaux de Kadhi sur l'issue du référendum constitutionnel de novembre 2005.....	221
a. La mobilisation des musulmans contre le projet Wako : luttes de leadership et question de légitimité.	222
b. La mise en jeu de l'identité musulmane comme instrument politique.	228
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	239
DEUXIÈME PARTIE	
UN JUGE ET SES JUSTICIABLES	
USAGES ET PRATIQUES AU TRIBUNAL DE KADHI.....	241
CHAPITRE TROIS	
ENTRE FORMEL ET INFORMEL.	
UNE INSTITUTION SUBALTERNE DU SYSTÈME JUDICIAIRE KENYAN ?.....	245
I- Un juge et un tribunal au statut particulier au sein du système judiciaire kenyan.	249
1) Un manque de ressources matérielles et humaines emblématique du statut des tribunaux de Kadhi au sein de l'administration judiciaire.	251
a. Un environnement de travail peu propice à un exercice optimal de la justice.	252
b. Des magistrats plus ou moins bien assistés dans leur travail.	258

2) Un juge doté d'un statut et d'une image particuliers.	265
a. Un juge sans qualification et au statut précaire?	266
b. Juge, leader communautaire ou responsable religieux ?.....	274
- Un statut différent au regard de la loi et aux yeux des fidèles.	275
- Le Chief Kadhi : « chef » des Kadhis ou leader des fidèles ?	281
c. Le prestige et l'ethnicité : des facteurs déterminants dans l'accès à la fonction de Kadhi ?	288
3) Une institution décrite comme accessible et rapide, à défaut d'un fonctionnement très formaliste.	294
a. Justice et culture : l'influence des valeurs islamiques sur le fonctionnement du tribunal.	295
b. Un exemple de justice accessible ?.....	298
c. Un fonctionnement plus ou moins formaliste, à l'appréciation de chaque magistrat.	302
II. Le rendu de la justice entre théorie et pratique : un respect plus ou moins strict de la législation.	307
1) Une juridiction limitée et mal définie, que les Kadhis interprètent de façons variées.	308
a. L'étendue incertaine de la juridiction des Kadhis.	310
b. La juridiction incertaine des Kadhis au sujet des affaires concernant les enfants.	319
- Le problème théorique : les tribunaux pour enfants ont-ils compétence exclusive pour déterminer la garde des mineurs ?	319
- Une interprétation extensive de la notion de statut personnel par les Kadhis.	324
c. La procédure d'appel : un retour au droit général.	329
2) Les règles de procédure : une tentative de compromis entre le droit musulman et le droit commun.	332
a. Une application incertaine du Civil Procedure Act par les juges musulmans.....	333
b. La possibilité d'appliquer les règles islamiques en matière de preuve et de témoignage : une concession relative ?	339
3) Le pouvoir discrétionnaire du Kadhi dans l'élaboration de son jugement : la nécessité d'une codification du droit islamique.	343
a. Des applications diverses du droit coranique dans les jugements.	345
b. Le travail des Kadhis et de MUHURI en vue d'une codification du droit coranique.	347

CHAPITRE QUATRE

LES ACTEURS FACE AU DROIT : UN USAGE STRATÉGIQUE DU TRIBUNAL ?... 351

I- Des motifs variés de recours au tribunal.	355
1) Une solution de dernier recours dans la hiérarchie des modes de résolution des différends.	357
a. Des modes informels et formels de résolution des conflits.....	358
b. Les réticences à s'en remettre au Kadhi : des considérations avant tout matérielles ou plutôt psychologiques ?	365
2) Une utilisation variable selon les attributions administratives ou juridictionnelles du tribunal.....	369
a. Une utilisation non judiciaire du tribunal : le recours au Kadhi pour l'obtention des certificats de mariage et de divorce.	371
b. Un juge pour les demandes de divorce ?	377
3) Des utilisations sexuées du tribunal ?	386

a. Les femmes musulmanes devant le Kadhi	388
b. Une institution qui protège les droits des femmes ?	393
II- Valeurs islamiques et négociations dans le recours au droit.	400
1) Les différentes logiques identitaires dans le recours au droit.....	402
a. Ethnicité et islamité.....	403
b. Une affirmation de la fierté d'être musulman par le recours au tribunal.....	406
2) Le jeu des acteurs dans le choix entre diverses institutions concurrentes : des logiques utilitaristes ?	412
a. Un choix dicté par des valeurs différentes : les pratiques juridiques des musulmans chiites	414
b. Les stratégies des acteurs dans un système de tribunaux concurrentiel : la recherche de leur intérêt avant tout.	417
3) Islam et coutume : complémentarité ou compétition ?	421
a. Des interprétations différentes du mariage et de la dot.....	423
b. L'influence dominante des règles coutumières dans la distribution des héritages.....	428
c. Un respect relatif des normes islamiques par les populations musulmanes rurales : l'exemple des coutumes mijikenda sur la Côte kenyane.	431
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	435
CONCLUSION GÉNÉRALE	437
BIBLIOGRAPHIE	441
ANNEXES	467
Annexe 1. Cartes.....	468
Annexe 2. Sigles	471
Annexe 3. Glossaire des mots arabes et swahilis	473
Annexe 4. Entretiens	476
Annexe 5. L'organisation de la justice au Kenya.....	481
Annexe 6. Brochure d'information sur les tribunaux de Kadhi.....	482
Annexe 7. Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni, Son Altesse le Sultan de Zanzibar, le Gouvernement du Kenya et le Gouvernement de Zanzibar	484
Annexe 8. Articles constitutionnels relatifs aux tribunaux de Kadhi.....	487
Annexe 9. The Kadhis' Courts Act.....	491
Annexe 10. Extrait du <i>Law of Succession Act</i> (Article 2)	493
Annexe 11. Articles publiés dans la presse quotidienne.....	494
Annexe 12. Articles publiés dans le <i>Friday Bulletin</i>	510
Annexe 13. Brochure d'information sur les tribunaux de Kadhi produite par la <i>Constitution of Kenya Review Commission</i>	518
Annexe 14. Exemples d'affaires civiles portées devant divers tribunaux de Kadhi.....	520
Annexe 15. Affaires et appels auprès de la Haute Cour.....	633
Annexe 16. Miscellaneous Application 890/2004, Haute Cour du Kenya à Nairobi.....	657

Annexe 17. Statistiques sur les litiges portés devant les différents tribunaux de Kadhi.....	661
Annexe 18. Proposition de règles de procédure spécifiques aux tribunaux de Kadhi	671
Annexe 19. Exemple de proposition faite dans le cadre des travaux en vue d'une codification du droit islamique au Kenya.....	684
Annexe 20. Documents fournis par les tribunaux de Kadhi (certificat de mariage et de divorce)	690